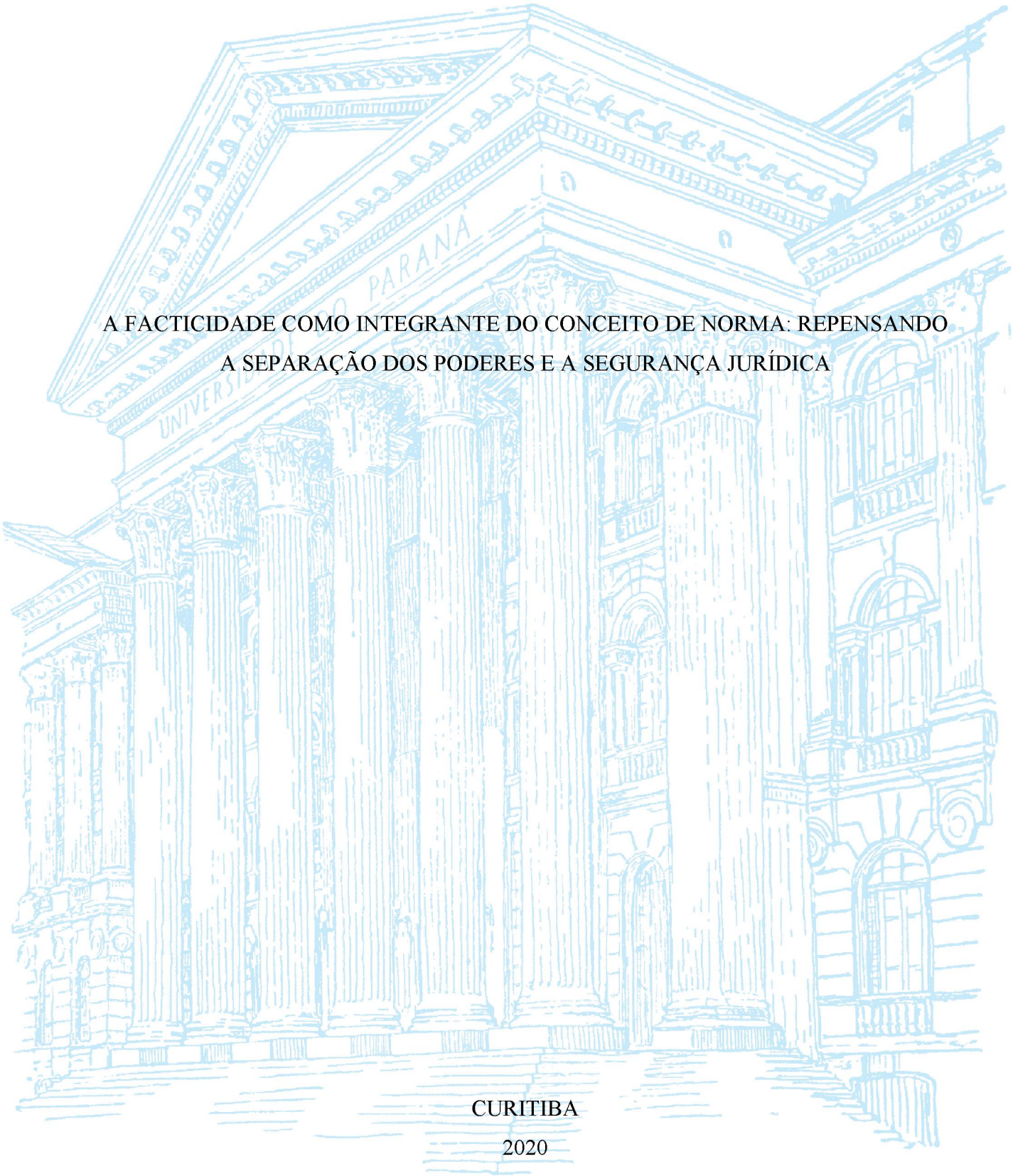
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

NESTOR CASTILHO GOMES



A FACTICIDADE COMO INTEGRANTE DO CONCEITO DE NORMA: REPENSANDO A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A SEGURANÇA JURÍDICA

CURITIBA

2020

NESTOR CASTILHO GOMES

A FACTICIDADE COMO INTEGRANTE DO CONCEITO DE NORMA: REPENSANDO A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A SEGURANÇA JURÍDICA

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior.

CURITIBA
2020

G633f
Gomes, Nestor Castilho
A facticidade como integrante do conceito de norma: repensando a separação dos poderes e a segurança jurídica [meio eletrônico] / Nestor Castilho Gomes. - Curitiba, 2020.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.
Orientador: Sérgio Said Staut Júnior.

1. Norma jurídica. 2. Direito - Filosofia. 3. Separação de poderes. 4. Müller, Friedrich, 1938-. I. Staut Júnior, Sérgio Said. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 340.12

Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **NESTOR CASTILHO GOMES** intitulada: **A facticidade como integrante do conceito de norma: repensando a separação dos poderes e a segurança jurídica.** , sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 20 de Julho de 2020.

Assinatura Eletrônica
20/07/2020 20:03:27.0
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
22/07/2020 10:00:11.0
JEANINE NICOLAZZI PHILLIPPI
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA)

Assinatura Eletrônica
21/07/2020 13:55:19.0
VERA KARAM DE CHUEIRI
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
29/07/2020 15:10:40.0
ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA)

Assinatura Eletrônica
20/07/2020 16:49:41.0
THIAGO FREITAS HANSEN
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA - CAMPUS PALOTINA)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 46871
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 46871

ATA Nº103

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia vinte de julho de dois mil e vinte às 14:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **NESTOR CASTILHO GOMES**, intitulada**: A facticidade como integrante do conceito de norma: repensando a separação dos poderes e a segurança jurídica.** , sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JEANINE NICOLAZZI PHILLIPPI (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA), VERA KARAM DE CHUEIRI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ALEXANDRE MORAIS DA ROSA (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA), THIAGO FREITAS HANSEN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA - CAMPUS PALOTINA). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 20 de Julho de 2020.

Assinatura Eletrônica
20/07/2020 20:03:27.0
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
22/07/2020 10:00:11.0
JEANINE NICOLAZZI PHILLIPPI
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA)

Assinatura Eletrônica
21/07/2020 13:55:19.0
VERA KARAM DE CHUEIRI
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
29/07/2020 15:10:40.0
ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA)

Assinatura Eletrônica
20/07/2020 16:49:41.0
THIAGO FREITAS HANSEN
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA - CAMPUS PALOTINA)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 46871
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 46871

Aos meus pais, Nilton dos Santos Gomes e Sueli Castilho Caparroz, com carinho.

Para minha querida irmã, Marília Castilho Gomes.

Para Ana Carolina Torres Gonçalves, com amor, como símbolo de uma nova jornada.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Sérgio Said Staut Júnior por aceitar a orientação, por nossas conversas em Curitiba/PR, e pelas excelentes aulas de teoria do direito. Muito obrigado! À Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri, pelo aprendizado nas disciplinas de Direito Constitucional e Liberdades Fundamentais. Ao Prof. Dr. Ilton Norberto Robl pelo incentivo em cursar o doutorado na Universidade Federal do Paraná. Ao Prof. Dr. José María Sauca Cano, pela carinhosa acolhida na Universidade Carlos III, em Madri.

Ao meu grande amigo - e irmão - João Fábio Silva da Fontoura, por nossa convivência de duas décadas, dentro e fora da Academia. Ao Prof. Dr. Rodrigo Bornholdt, por ter me apresentado a obra de Müller ainda na graduação, pelas conversas e pela tradução sempre precisa de termos e expressões em alemão.

À Professora Dra. Natalina Stamile pela amizade construída no período do doutorado e pela assistência em todos os momentos, especialmente, durante o meu breve período de estudos em Madri. Nossas discussões sobre teoria do direito foram muito importantes para a construção desse trabalho. Obrigado!

Ao amigo Renê Chiquetti Rodrigues, pelos vários livros emprestados durante o doutorado.

Aos colegas da Bornholdt Advogados e, em especial, à Amanda Burg e Thaís Testoni, que me substituíram durante as ausências.

Aos meus grandes amigos Rafael Schincariol e Fernando Luís Coelho Antunes que sempre incentivaram a realização do doutorado.

Aos alunos e amigos Pedro Oidanai, Guilherme Benevennuti, Thiago Alexandre e Horan Bortolotti, pela ajuda na formulação de gráficos, tradução de alguns textos e debates em nosso grupo de pesquisa de teoria do direito, na Universidade da Região de Joinville.

À Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, pelo apoio à pesquisa.

"O significado diretamente político de uma metódica jurídica racional resulta do fato do estado constitucional liberal pretender funcionar tão amplamente quanto possível com o recurso à "violência constitucional" vazada na forma do direito e consequentemente veiculada pela linguagem". (MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de Direito constitucional I. Tradução de: NAUMANN, Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 7-8).

RESUMO

Quais as consequências da adoção de uma teoria da norma pós-positivista, para a metódica jurídica e os ideais de separação dos poderes e segurança jurídica? O principal representante de uma teoria da norma jurídica positivista é Hans Kelsen. Kelsen construiu a Teoria pura do direito a partir do princípio metodológico fundamental da separação entre ser e dever-ser. A norma jurídica é descrita como um juízo de dever-ser, o sentido de um ato de vontade. O princípio metodológico fundamental kelseniano serviu para resolver o problema do objeto da ciência do direito. Todavia, essa diferenciação não serviu para solucionar o problema da concretização do direito. Contra esse estado de coisas se insurge a teoria estruturante do direito. A teoria da norma de Müller sustenta a diferença entre: (i) ser e dever-ser; (ii) norma jurídica e texto normativo. O texto normativo é apenas uma forma preliminar. Müller procura desenvolver metodologicamente a passagem do texto para a norma. Isso é realizado por meio de uma nova compreensão da *estrutura* da norma jurídica, calcada em dois componentes centrais: o programa da norma e o âmbito normativo. A primeira consequência da adoção de uma teoria da norma que distingue texto e norma jurídica, ser e dever-ser, é a necessidade de uma metódica jurídica. A metódica estruturante do direito visa solucionar problemas prático-decisórios. Parte-se do pressuposto de que um sistema jurídico, no estado democrático de direito, deve empregar poder/violência transformado linguisticamente, de forma controlável. O trabalho jurídico de concretização da norma jurídica carece de racionalização. A segunda consequência da adoção de uma nova teoria da norma pesa sobre a separação dos poderes. A ideia de que apenas o Poder Legislativo cria direito deve ser abandonada. A crença de que a partilha da função legiferante significa uma deformação do sistema de separação dos poderes carece de fundamentação. Reconhecer que o juiz cria direito não significa o fim da separação dos poderes e o fim da democracia representativa, tampouco em onipotência judicial. A diferença entre texto e norma significa que as normas jurídicas não são criadas pelos legisladores, mas pelos intérpretes. O juiz efetivamente atua como um "legislador de segundo grau". Para "aplicar a lei", quem pratica o direito deve *produzir* a norma jurídica a partir do texto e do caso. A terceira e última consequência tem relação com a ideia de segurança jurídica. A segurança jurídica tem sido pensada como sinônimo de previsibilidade absoluta. Essa concepção é insustentável. Os avanços da filosofia da linguagem demonstram que a linguagem é indeterminada, impedindo a desejada predeterminação de significados. Para além disso, e mais importante, essa compreensão não assimila a diferença entre norma e texto normativo. O trabalho sustenta que a segurança jurídica precisa ser avaliada sob a ótica da argumentação desenvolvida pelo Poder Judiciário. É necessário que as decisões sejam fundamentadas e não arbitrárias, que existam mecanismos de controle e de debate público das decisões. O trabalho conclui que a metódica estruturante pode servir como mecanismo de controle da fundamentação decisória, como "aparelho metodológico de controle das decisões".

Palavras-chave: Teoria da norma jurídica. Separação de poderes. Segurança jurídica. Friedrich Müller. Teoria estruturante do direito. Metódica estruturante do direito.

ABSTRACT

Which would be the consequences of the adoption of the post-positivist norm theory, to the juridical method and the ideals of the separation of powers and legal certainty? The main representative of a positivist norm theory is Hans Kelsen. He constructed the Pure Theory of Law, starting from the methodologic fundamental principle of the separation between is and ought. The legal norm is described as the genuine ought, the meaning of an act of the will. Kelsen's methodological principle served to solve the problem of the Law Science's object. However, this differentiation did not serve to solve the problem of the concretization of the Law. Against this state of things, the Structuring Legal Theory rises up. Müller's norm theory sustains the difference between (i) is and ought; (ii) norm and norm text. The norm text is only a preliminary form. Müller seek to methodologically develop the passage of the text to the norm. This is accomplished by a new comprehension of the structure of the juristic norm, based on two central components: the norm program and the normative domain. The first consequence of the adoption of a norm theory that distinguishes the text and norm, is and ought, is the necessity of a juridical method. The structuring method pursues to solve practical and decision-making problems, assuming that the juridical system, in a rule of law, must use power/violence linguistically transformed, in a controllable way. The juristic work of concretizing the norm suffers from a lack of rationalization. The second consequence of the adoption of a new theory of the norm lays over the separation of powers. The idea that only the Legislative Power creates the law must be abandon. The belief that the sharing of the law-making function means a deformity of the separation of powers system lacks substantiation. To recognize that the judge creates law does not mean the end of the separation of powers and the end of representative democracy neither means judicial omnipotence. The difference between text and norm means that the legal norms are not created by the legislators, but by the interpreters. The judge effectively works as a "second instance legislator". To "apply the law", whoever practices the law must produce the norm from the text and the case. The third and last consequence relates to the idea of legal certainty. The legal certainty has been thought of as a synonym of absolute predictability. This conception is unsustainable. The language philosophy's advances demonstrate that the language is indeterminate, restraining the desired predetermination of the meanings. Furthermore, this comprehension does not assimilate the difference between norm and norm text. This thesis sustains that the legal certainty needs to be analyzed by the argumentation developed by the Judiciary Power. It is necessary that the decisions are justified and not arbitrary, that control mechanisms exist and the public debate of the decisions. The thesis' conclusion is that the structuring theory may serve as the control mechanism of the decision-making substantiation, as the "methodological mechanism of decision control".

Keywords: Legal norm theory. Separation of powers. Legal certainty. Friedrich Müller. Structuring legal theory. Structuring method.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – COSTA DE TRAMANDAÍ E TEDUT 125
FIGURA 2 - TEDUT 125

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 - EVOLUÇÃO DA RESTRIÇÃO FÁTICA 100

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 – DIFERENÇAS ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA 88
QUADRO 2 – ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA..... 109

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE LEGISLAÇÃO EXECUTIVA 176

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

A. – Ano

Abr. – Abril

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ago. – Agosto

ANJ – Associação Nacional de Jornais

ANP – Agência Nacional de Petróleo e Gás Natural e Biocombustíveis

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

BVerfGE – Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CF – Constituição Federal

Cf. – Conforme

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

Coord. – Coordenação

CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

Dez. – Dezembro

DJ – Diário de Justiça

Dr. – Doutor

Dra. – Doutora

E.g. – Exempli gratia, por exemplo

EC – Emenda Constitucional

Ed. – Edição

Et al. – Et alii, et aliae, et alia, e outros, e outras, e outros (neutro)

Etc. – Et cetera, e outras coisas, e os outros, e assim por diante

Fev. – Fevereiro

Fls. – Folhas

HC – Habeas Corpus

IFE – Instituto Federal Eleitoral

In – Em

IVC – Instituto Verificador de Comunicação

Jan. – Janeiro

Jr. – Júnior

Jul. – Julho

Jun. – Junho

LC – Lei Complementar

LICC – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Mar. – Março

MI – Mandado de Injunção

Min. – Ministro

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de Segurança

N – Norma

N. – Número

N.º – Número

N1 – Norma 1

N2 – Norma 2

N3 – Norma 3

NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul

Nov. – Novembro

O1 – Ordenamento 1

ONU – Organização das Nações Unidas

Org. – Organizador

Out. – Outubro

P – Proibido

P. – Página(s)

P1 – Proibido 1

P2 – Proibido 2

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PECs – Propostas de Emenda Constitucional

PGR – Procurador(a) Geral da República

Pn – Proibido n

PR – Paraná

Prof. – Professor

Prof.ª – Professora

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PSJCR – Pacto de São José da Costa Rica

QO ARE – Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

RJ – Rio de Janeiro

S. – São

S.A. – Sociedade Anônima

S1 – Significado 1

S2 – Significado 2

S3 – Significado 3

S4 – Significado 4

S5 – Significado 5

SC – Santa Catarina

SE – Sergipe

Séc. – Século

Set. – Setembro

SP – São Paulo

SPG – Superintendência de Controle das Participações Governamentais

Sr. – Senhor

STF – Supremo Tribunal Federal

TED – Teoria estruturante do direito

TEDUT – Terminal Marítimo Almirante Soares Dutra

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

UFPR – Universidade Federal do Paraná

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

UNAJUF – União Nacional dos Juízes Federais do Brasil

V. – Volume

Vs. – Versus, contra

SUMÁRIO

1	**INTRODUÇÃO**	**20**
2	**A TEORIA DA NORMA EM DEBATE: A DISTINÇÃO ENTRE SER E DEVER-SER E OS APORTES INICIAIS PARA A SUPERAÇÃO DE UMA TEORIA POSITIVISTA**	**29**
2.1	HANS KELSEN E O PRINCÍPIO METODOLÓGICO FUNDAMENTAL	31
2.2	A TEORIA DA NORMA DE HANS KELSEN	33
2.2.1	A estrutura das normas jurídicas	35
2.2.2	Tipos de normas jurídicas	36
2.2.2.1	Normas categóricas e hipotéticas	36
2.2.2.2	Normas gerais e individuais	37
2.3	A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA "TERCEIRA FASE" DE KELSEN	39
2.3.1	Preliminarmente: a atividade interpretativa e o princípio dinâmico	41
2.3.2	Os sujeitos da interpretação e as respectivas espécies de interpretação	42
2.3.3	A relativa indeterminação do ato de aplicação do direito e a figura da "moldura normativa"	44
2.3.4	O papel dos métodos de interpretação	48
2.3.5	A interpretação (autêntica) como conjugação de conhecimento e vontade	48
2.3.6	Críticas à noção kelseniana de interpretação jurídica	51
2.3.6.1	A interpretação não autêntica: implicações decorrentes dos postulados da Teoria pura do direito	53
2.3.6.1.1	O caráter descritivo da interpretação não autêntica: uma decorrência do encadeamento *teoria da ciência* e *ciência jurídica*	53
2.3.6.1.2	O descritivismo da interpretação não autêntica entre o utópico e o irrealizável	56
2.3.6.1.3	Qualificação de condutas, previsibilidade decisória e a incerteza acerca do específico objeto da interpretação	58
2.3.6.2	A interpretação autêntica: incompatibilidade com a noção kelseniana de norma jurídica?	60

2.3.6.2.1 O dilema do conflito entre cognição e vontade: ausência de critérios para a fixação da moldura e delimitação dos significados interpretativos admissíveis 61
2.3.6.2.2 Interpretação em concreto e interpretação em abstrato: o silêncio sobre os fatos na teoria da interpretação kelseniana 64
2.4 À GUISA DE CONCLUSÃO 66
2.5 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DA TEORIA DA NORMA 66
2.5.1 Os aportes da filosofia da linguagem 67
2.5.2 As contribuições da hermenêutica filosófica 73
3 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO: POR UMA NOVA TEORIA DA NORMA JURÍDICA 81
3.1 A TEORIA DA NORMA JURÍDICA A PARTIR DA SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE SER E DEVER-SER: A FACTICIDADE COMO INTEGRANTE DA NORMA JURÍDICA 81
3.2 NORMA E TEXTO NORMATIVO 85
3.3 NORMATIVIDADE 89
3.4 TRABALHO JURÍDICO 92
3.5 ESTRUTURA DA NORMA 93
3.5.1 Programa normativo (*Normprogramm*) 96
3.5.2 O âmbito normativo (*Normbereich*) 98
3.6 NORMA JURÍDICA (*RECHTSNORM*) E NORMA DE DECISÃO (*ENTSCHEIDUNGSNORM*) 106
4 A METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO 108
4.1 A METÓDICA JURÍDICA COMO CONSEQUÊNCIA DA TEORIA DA NORMA 108
4.2 OS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA 109
4.2.1 O elemento gramatical 110
4.2.2 Os elementos histórico e genético 112
4.2.3 O elemento teleológico 112
4.2.4 O elemento sistemático 113
4.3 OS ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO A PARTIR DO ÂMBITO DA NORMA 114
4.4 OS ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO NÃO-NORMATIVOS 115

4.5	A HIERARQUIA DOS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO.....	116
4.5.1	Possíveis conflitos entre os elementos de interpretação.....	116
4.5.2	Situações de incoerência entre os elementos individuais de concretização..	117
4.6	A OBJETIVIDADE POSSÍVEL.....	121
4.7	APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA E METÓDICA ESTRUTURANTES: O CASO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO.....	123
4.8	A METÓDICA ESTRUTURANTE COMO CRITÉRIO PARA A ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS: A METÓDICA COMO MODELO DE TRABALHO.....	133
5	**TEORIA DA NORMA E SEPARAÇÃO DOS PODERES: REFLEXOS DE UMA NOVA COMPREENSÃO.....**	**158**
5.1	A TEORIA CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: MONTESQUIEU, MADISON E HAMILTON.....	160
5.2	O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DA OBRA DE MONTESQUIEU PARA AS CONSTITUIÇÕES.....	173
5.3	A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO PODER EXECUTIVO: RELATIVIZANDO A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	175
5.3.1	Delegação legislativa.....	185
5.3.2	Poder regulamentar.....	187
5.3.3	Outras formas de atividade legislativa diretamente concedidas pelo texto constitucional.....	192
5.4	O PLURALISMO JURÍDICO: OUTRAS FONTES DO DIREITO PARA ALÉM DO ESTADO.....	194
5.5	A CRIAÇÃO DO DIREITO COMO PODER COMPARTILHADO: A ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO.....	196
5.6	A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO E A RELATIVIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA DA TEORIA DA NORMA.....	199
6	**SEGURANÇA JURÍDICA E SUAS RELAÇÕES COM A TEORIA DA NORMA.....**	**209**
6.1	A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE ABSOLUTA..	219
6.2	A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE RELATIVA...	228

6.3 A METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA O CONTROLE E A CRÍTICA DA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA..... 235

7 CONCLUSÃO..... 242

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 247

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se dispõe a analisar de que forma a mudança epistemológica na concepção de norma jurídica, levada a efeito pela teoria e metódica estruturantes, reflete nos ideais de separação dos poderes e segurança jurídica[1]. De forma objetiva, o problema a ser investigado é: quais as consequências de um conceito pós-positivista de norma jurídica para a metódica jurídica, o ideal de segurança jurídica e a tradicional separação dos poderes? O trabalho pressupõe que o conceito de norma jurídica necessariamente afeta questões práticas do direito e redefine conceitos consolidados. A incorporação da facticidade na teoria da norma e a diferença substancial entre texto e norma jurídica impingiria: (i) uma metódica que racionalize o processo de concretização do direito; (ii) uma teoria da separação dos poderes que reconheça que o Poder Judiciário cria direito, e; (iii) uma compreensão de segurança jurídica de caráter não absoluto.

Ainda hoje anacronismos grosseiros pautam a discussão do tema "separação dos poderes". É comum um dogmatismo na referência à separação dos poderes, no sentido de que cabe ao Legislativo *legislar* e *fiscalizar* o Executivo, ao Poder Executivo *administrar* o Estado e ao Judiciário *interpretar as leis* e *julgar* os casos que lhe são apresentados, de acordo com as normas gerais positivadas. O Estado possuiria vários órgãos distintos, muitas vezes apresentados como absolutamente independentes, sem relação alguma entre si, sendo vedado o compartilhamento de funções. Essa interpretação gera uma série de críticas e mal entendidos, mesmo quando reconhecida a existência de funções típicas e atípicas. A principal delas é que o Judiciário não poderia "criar direito". Ao Judiciário estaria vedada a edição de normas jurídicas. Uma visão hermética da separação dos poderes gera censuras não só quando o Judiciário efetivamente cria direito, mas quando outros atos são realizados, especialmente a atividade legislativa do Poder Executivo (*e.g.*, as medidas provisórias) e o controle judicial da legalidade

[1] Referida problemática também está no horizonte do Professor Dr. Staut Júnior: "Em um país como o Brasil que adota 'um' sistema de Civil Law, e 'faz reverência' ao princípio da Tripartição dos Poderes (ainda que de forma bastante seletiva), a perspectiva de um direito que não é (ou não é apenas) fruto do trabalho do Legislador é uma questão que sempre desperta interesses e debates" (STAUT JÚNIOR, S. S. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 5, ano 1, 2015, p. 1344).

dos atos administrativos do Poder Executivo. Todas essas ações são vistas como potenciais violadoras do princípio da tripartição dos poderes[2].

Ocorre que a separação dos poderes não é um conceito unitário, mas uma teoria que permite diversas combinações distintas. Conforme se verá, a repartição das funções estatais por diferentes órgãos não coloca os diversos Poderes numa relação de independência absoluta entre si, mas numa relação de coordenação juridicamente regulada[3]. A despeito da realidade constitucional dos países ocidentais já afastar uma ideia tradicional de separação dos poderes, a hipótese colocada é a de que um novo conceito de norma jurídica também é destrutivo para essa compreensão.

Um novo conceito de norma jurídica também gera repercussões no ideal de segurança jurídica. A segurança jurídica é uma expressão que comporta inúmeros sentidos. Em uma perspectiva dinâmica, a segurança jurídica transita entre a previsibilidade absoluta e a previsibilidade relativa. No primeiro caso, sustenta-se a capacidade do cidadão antecipar, com certeza absoluta, o conteúdo das decisões futuras que irão qualificar os atos hoje praticados[4]. No segundo caso, porém, exige-se apenas a elevada capacidade de antecipar os limites da intervenção do Judiciário, isto é, conhecer os sentidos possíveis da norma e controlar a concretização que será realizada pelo Poder Judiciário[5]. A previsibilidade relativa diz respeito à "capacidade de controlar os sentidos alternativos das decisões normativas futuras"[6].

Como todos os poderes do Estado interpretam e aplicam o direito, a exigência de segurança jurídica gera deveres distintos ao Executivo, Legislativo e Judiciário[7]. Exige-se do Legislativo o dever de determinação das hipóteses de incidência[8]. Do Judiciário, pleiteia-se o

---

[2] Registre-se, por oportuno, o peculiar entendimento sobre separação dos poderes do Presidente da República e de alguns generais ocupantes de cargos no governo. Assiste-se a uma profusão de notas exigindo a "harmonia entre os Poderes". Essas notas, porém, se valem do "não dito que diz". O texto das notas opera em dois níveis: um superficial, visível, que evoca platitudes como a necessária "independência entre os Poderes"; e outro invisível, subterrâneo, que evoca ameaças aos Poderes que não se submetem a determinados itens da agenda do Poder Executivo. Qualquer controle sobre atos do Poder Executivo é recebido como afronta à independência entre os Poderes. Em sentido semelhante: MENDES, Conrado Hübner. 'La Constitución soy yo' resume a hermenêutica dos generais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, ano 100, n.º 33.294, 26 de maio de 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/05/la-constitucion-soy-yo-resume-a-hermeneutica-dos-generais.shtml. Acesso em: 29 maio 2020.

[3] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de: SOUZA, António Francisco de; FRANCO, António. São Paulo: Saraiva, 2016, posição 8898 (Edição Kindle).

[4] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 68, 71, 167-168.

[5] CRUZ, Diego Moreno. Estudio introductorio: consecuencias jurídicas esperadas y toma de decisiones prudentes. In: GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 13.

[6] Humberto Ávila utiliza o termo "calculabilidade". Preferimos o termo "previsibilidade relativa", pois a ideia de previsibilidade encontra-se consolidada no âmbito da ciência do direito (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 164).

[7] ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 158-161.

[8] ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 159.

dever de fundamentação racional das decisões[9]. Segundo a doutrina, a estratégia legislativa para contemplar o primeiro desiderato tem sido privilegiar a edição de textos normativos fechados em detrimento de textos normativos abertos[10]. Parte-se do pressuposto de que textos normativos fechados seriam capazes de conter a discricionariedade do intérprete[11]. Tal fenômeno remete ao menos ao séc. XIX, quando Max Weber rechaçou a "materialização do direito", por antever um perigo para a racionalidade do direito, eis que o espaço de indeterminação normativa poderia ser preenchido de maneira arbitrária[12]. No início do século XX, Kelsen já alertava que a norma a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação (mais de uma resposta aos problemas jurídicos), e que sempre há a possibilidade de uma decisão jurídica para além da moldura[13]. Ocorre que o afastamento de regras precisas é uma realidade da prática jurisdicional. Frederick Schauer demonstra que muitas vezes há uma pressão difusa pela desconsideração da regra, sob a justificativa de que seguir a mesma geraria resultados subótimos[14]. Apesar disso, não parece que o tradicional conceito de segurança jurídica tenha sido totalmente abandonado. Ainda que se adira à tese da *previsibilidade relativa* (refutando-se, portanto, a ideia de uma interpretação cognitivista, essencialista e unívoca), como faz Kelsen, não são explorados mecanismos capazes de atribuir operacionalidade à segurança jurídica assim entendida. A aceitação da tese da relativa indeterminação da interpretação não é complementada por uma devida metódica jurídica, capaz de oferecer regras e critérios que confiram a objetividade possível para o controle das decisões. Ao contrário, a tese da relativa indeterminação do direito acaba muitas vezes por cair na armadilha realista, que

---

[9] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 159-161.

[10] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**. Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 202. Em sentido análogo: ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 172; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 396-397.

[11] É o que sustenta, por exemplo, Kelsen, ao tratar da jurisdição constitucional: "Para evitar semelhante deslocamento de poder – que ela certamente não deseja e é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância que lhe é estranha e pode vir a ser o representante de forças políticas completamente diferentes daquelas que se expressam nesse Parlamento, a Constituição deve – sobretudo quando ela cria um tribunal constitucional – abster-se desse tipo de fraseologia e, se desejar estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, deverá formulá-los de forma tão precisa quanto possível" (KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição** (a justiça constitucional). Tradução de: CLEAVER, Jean François. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1401/869. Acesso em 14 maio 2020).

[12] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Prefácio. In: NEUMANN, Franz. **O império do direito**: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução de: MELO, Rúrion Soares. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 22.

[13] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390-394.

[14] SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas en el derecho y en la vida cotidiana.** Tradução de: ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge L. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 89-92, 212-217.

sustenta que o direito é aquilo que os tribunais decidem. O trabalho entende que a teoria e a metódica estruturantes podem desempenhar um papel importante nesse sentido.

É necessário esclarecer que a presente tese pretende realizar uma investigação da norma jurídica de um ponto de vista interno e generalista. Não há, portanto, a pretensão de uma análise sociológica da norma, enquanto fenômeno social. Igualmente, não se ambiciona uma investigação analítica exaustiva acerca da norma jurídica, em todos os seus desdobramentos. O objetivo do trabalho não é realizar uma longa e aborrecida classificação das normas jurídicas, segundo inúmeros critérios: destinatário, forma de prescrição, forma de sanção, âmbito de aplicação etc. A ênfase da investigação será em desvendar a *estrutura da norma jurídica,* bem como dialogar sobre a interpretação/concretização (do texto) da norma. Na lição de Hernández Marín, um dos domínios da teoria da norma jurídica é a interpretação das normas jurídicas[15]. Independentemente do ramo direito envolvido, a interpretação (do texto) da norma jurídica se faz necessária. Parâmetros interpretativos gerais são aplicáveis a todas as áreas do direito[16]. A despeito da metódica estruturante ter como objeto preferencial as normas do direito constitucional, a transposição de suas prescrições pode ser realizada para outras disciplinas. Sem querer antecipar resultados, pode-se dizer que uma adequada teoria da norma jurídica deve consolidar a distinção entre norma e texto de norma, bem como estabelecer algumas tarefas decorrentes dessa diferenciação[17].

A afirmação de que o Judiciário cria direito gera uma série de consequências. Primeiramente, o reconhecimento de liberdade criativa não significa emancipação dos textos normativos formulados pelo Poder Legislativo. O aumento da função judicial e o reconhecimento de que as decisões judiciais sempre têm algum caráter político (sobretudo quando se trata do controle de constitucionalidade), não deve significar o esvaziamento da função normativa realizada pelo Parlamento. Dizer que o Judiciário cria direito também não significa legitimar teoricamente práticas adotadas pelos tribunais, dentre eles o Supremo Tribunal Federal. A aposta no protagonismo judicial não é chancelada na presente tese. Frise-se que determinadas versões de um "pós-positivismo neoconstitucional" não podem ser confundidas com o pós-positivismo proposto pela teoria estruturante do direito. Importa dizer, com Müller, que a superação do positivismo em termos de método não é um fim legítimo em

---

[15] MARÍN, Rafael Hernández. **Introducción a la teoria de la norma jurídica**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017.

[16] SGARBI, Adrian. **Teoria do direito:** primeiras lições. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 180.

[17] O trabalho utiliza de forma indistinta as expressões "texto de norma" e/ou "texto normativo" como tradução do termo alemão *Normtext*.

si mesmo[18]. Apesar da teoria (e da metódica) estruturante refutar alguns dos pressupostos do positivismo[19], isto não acarreta o abandono das conquistas e exigências do próprio positivismo. O que se observa atualmente é que um "pós-positivismo" irrefletido pode redundar em um conjunto de concepções metódicas em que se sustenta, em última instância, a possibilidade de desconsideração do texto de norma no processo de concretização do direito[20].

[18] Essa crítica refere-se ao discurso acerca da necessidade de superação da subsunção como método decisório (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: **introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 119). O pan-principiologismo ou mesmo a tópica, são exemplos de que nem todos os métodos decisórios são válidos em um estado democrático de direito. Na lição de Müller: "Os objetivos de cientificizar na medida do possível a ciência jurídica e de elaborar uma dogmática racional não merecem ser esquecidos em benefício de exigências menores no tocante à racionalidade e à honestidade em questões de método. A 'superação' do positivismo não é de modo nenhum um fim legítimo em si mesmo" (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 119). Sobre o pan-principiologismo: STRECK, Lenio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto. Acesso em: 14 maio 2020. Uma crítica à tópica será desenvolvida na Seção 6, subseção 6.3.

[19] Tal como a identidade entre norma e texto de norma, e a possibilidade de um raciocínio jurídico lógico-subsuntivo.

[20] DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 47.

O trabalho não ignora a existência de uma combinação de fatores que podem influir no processo de concretização do direito, desde a subjetividade do decisor até as relações de poder. A realidade brasileira revela - muitas vezes - relações heterodoxas entre membros do Legislativo, Executivo e Judiciário[21]. O reconhecimento da força das relações de poder não invalida a busca por um modelo de concretização do direito adequado à uma nova teoria da norma. Igualmente, não deve impedir a análise da correlação entre teoria da norma, separação dos poderes e segurança jurídica. Ao contrário, todas essas questões reforçam a necessidade de padrões decisórios claros e transparentes, bem como instrumentos de controle da fundamentação das decisões[22].

Para analisarmos os reflexos da teoria da norma na metódica jurídica, no ideal de separação dos poderes e na segurança jurídica, dividimos o trabalho em cinco partes. A teoria estruturante do direito nasce da constatação da inadequação da teoria tradicional da norma jurídica. Assim, a seção 2 objetiva demonstrar os contornos de uma teoria da norma "tradicional", cujo eixo desdobra-se em dois aspectos: (i) separação entre ser e dever-ser; (ii) identidade entre norma e texto de norma. O principal representante dessa corrente é Hans Kelsen. A Teoria pura do direito foi construída a partir do princípio metodológico fundamental

---

[21] Luciana Cardoso, por exemplo, analisa a relação entre o componente político-partidário na administração da Justiça e as pautas remuneratórias e corporativas das carreiras jurídicas. A pesquisadora critica uma "não separação dos poderes" no âmbito do Estado de São Paulo. Nos governos do PSDB, inúmeros promotores e ex-procuradores-gerais de Justiça foram nomeados para ocuparem cargos no Executivo, em diversas secretarias, especialmente a secretaria de Segurança Pública e de Justiça. Até 2017, os últimos 7 (sete) secretários eram provenientes do Ministério Público. A autora aduz que os secretários têm o costume de convidar promotores de justiça para cargos de confiança. Nesse contexto, o promotor responsável pela fiscalização da Polícia Militar hoje, pode se tornar o chefe da Polícia Militar amanhã. A pesquisadora demonstra o seguinte dado: na promoção da ação penal, o Ministério Público tem elevados índices de produção e elevada taxa de sucesso. Entretanto, em relação à atribuição de controle externo da polícia, o resultado é inverso: baixa produtividade e baixa taxa de sucesso. Em resumo, a politização das funções essenciais à justiça pode gerar consequências na atividade de concretização do direito (CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa:** blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional. Tese de doutorado. Escola de Administração de Empresas de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18099. Acesso em: 11 jun. 2020). Conrado Hübner Mendes é notório crítico da "magistocracia". Mendes questiona a isenção de Ministros do STF, dadas as amizades com o meio político e empresarial. Na mesma senda, critica a automistificação do Supremo como "vanguarda iluminista" e a incoerência da jurisprudência do tribunal, que denomina de "lotérica" e "volátil". Finalmente, critica a corrupção do Judiciário, que não estaria ligada à venda de sentenças, mas se traduziria em leis, barganhas fisiológicas e numa cultura que as normaliza (MENDES, Conrado Hübner. A corrupção do Judiciário é institucional e não se confunde com corrupção do juiz. In: **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 jan. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/01/a-corrupcao-do-judiciario-e-institucional-e-nao-se-confunde-com-corrupcao-do-juiz.shtml. Acesso em: 27 maio 2020; MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. In: **Folha de São Paulo**. São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml. Acesso em 28 maio 2020).

[22] Ressalte-se: o trabalho não se propõe a realizar uma investigação sociológica sobre a motivação das decisões do Poder Judiciário.

da separação entre ser e dever-ser. Igualmente, apesar de Kelsen defender que o ato de criação da norma inferior não cria *a* norma individual, mas apenas *uma* das normas individuais passíveis de produção, jamais desenvolveu explicitamente uma tese sobre a não identidade entre norma e texto de norma. A incorporação do princípio metodológico fundamental *na* teoria da norma é objeto da crítica formulada por Müller. Assim, o trabalho apresenta os principais elementos da teoria da norma jurídica de Hans Kelsen: (i) a *definição*; (ii) a *estrutura,* e; (iii) os *tipos* de normas jurídicas[23]. Num segundo momento, exploramos o liame entre a teoria da interpretação kelseniana, a teoria da norma jurídica e a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico. Por uma série de fatores que serão oportunamente analisados, a teoria da norma e a teoria da interpretação kelsenianas estão umbilicalmente ligadas. A seção é encerrada com o desenvolvimento de alguns dos pressupostos filosóficos que embasam a teoria da norma de Friedrich Müller. A teoria estruturante do direito possui uma base interdisciplinar pautada na linguística e assume alguns pressupostos da hermenêutica filosófica. Nesse sentido, uma prévia exposição dos aportes da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica se fez necessária.

A seção 3 pretende atestar teoricamente a superação da distinção entre ser e dever-ser e, consequentemente, a facticidade como elemento integrante do conceito de norma jurídica. Essa tarefa será desenvolvida sobretudo a partir da recusa dos pressupostos epistemológicos desenvolvidos por Kelsen. O diagnóstico é que essa diferenciação não é capaz de solucionar os problemas práticos do direito. A pergunta fundamental de Kelsen ("como a ciência jurídica pode ser uma ciência autônoma, uma ciência puramente normativa?"), é substituída pela indagação: "o que fazem os juristas realmente quando dizem "interpretar" e "aplicar" a "norma" jurídica?"[24]. Nesse intento, a seção promove o mapeamento da diferença entre norma e texto de norma. Os atos típicos do legislativo são caracterizados como decisões políticas formalizadas como textos normativos. A norma jurídica, porém, carece do processo de concretização para

---

[23] Kelsen desenvolve diversos tipos de normas jurídicas: individuais e gerais, hipotéticas e categóricas, primárias e secundárias, permissivas, que conferem poderes, ab-rogatórias, interpretativas, que conferem direitos. No presente trabalho abordaremos apenas a distinção entre normas: (i) individuais e gerais, e; (ii) hipotéticas e categóricas; eis que esses tipos dialogam diretamente com o tema da interpretação e aplicação do direito. Sobre a classificação das normas jurídicas proposta por Kelsen: CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 464-494; VALADÃO, Rodrigo Borges. **A definição de norma jurídica na teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de: DUARTE, José Florentino. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

[24] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 210; MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 51.s

emergir. Desta forma, são discutidos os conceitos de normatividade e trabalho jurídico, bem como explicitada a estrutura da norma jurídica, pautada na diferença entre programa normativo e âmbito normativo.

A seção 4 exibe a metódica estruturante do direito como uma consequência da teoria da norma. Enquanto a teoria estruturante do direito cuida de aspectos estruturais da norma jurídica, a metódica estruturante se dedica ao processo de concretização. A seção pretende expor os elementos de concretização normativa, bem como sua hierarquia, em caso de conflitos. A penúltima seção realiza a aplicação prática da teoria e metódica estruturantes, tendo como pano de fundo a legislação brasileira sobre *royalties* do petróleo. O objetivo é dar concretude aos ensinamentos teóricos. A última seção analisa recente decisão do Supremo Tribunal Federal, acerca da desnecessidade de filiação partidária como condição de elegibilidade. A intenção é utilizar a metódica estruturante como "ferramenta de controle argumentativo". Analisa-se, sobretudo, a pertinência dos pontos de vista utilizados na fundamentação, à luz dos textos normativos tidos como relevantes.

Na seção 5 procura-se abordar as decorrências da adoção de uma determinada teoria da norma para o ideal de separação dos poderes. A maioria dos regimes políticos ocidentais possui uma constituição escrita, um Poder Legislativo eleito, um Poder Executivo dotado de funções legislativas, uma Corte constitucional que exerce o controle de constitucionalidade. Ainda assim, subsiste a ilusão de uma separação dos poderes absoluta. Nos sistemas de *civil law*, a frase de que o Judiciário não pode criar direito é repetida como um mantra. A seção procura descrever e sistematizar as principais ideias acerca da separação dos poderes, por meio dos seus primeiros e mais importantes teóricos: Montesquieu e os federalistas americanos, especialmente Alexander Hamilton e James Madison. Uma das seções observa como a ideia tradicional de separação dos poderes e de protagonismo estatal na formulação da legislação vem sofrendo duros golpes com o pluralismo jurídico. As últimas seções, que se pretendem mais construtivas, visam demonstrar que o Poder Judiciário cria direito. Primeiro, sob uma perspectiva realista, em razão de expressa autorização legal. Por segundo, pela imbricação entre as atividades de interpretação e aplicação do direito. Por terceiro, e mais importante, por conta da adoção de uma teoria da norma pós-positivista, fundada na necessária diferenciação entre norma e texto de norma. Por meio de uma série de exemplos, demonstrar-se-á que a norma jurídica não está pronta e que a facticidade deve ser incorporada ao conceito de norma. O protagonismo do processo de concretização não é do texto, mas do operador do direito.

A seção 6 abordará a temática da segurança jurídica. Assume-se que a segurança jurídica envolve o estabelecimento de *fins* e de *meios* tendentes a sua promoção[25]. A cognoscibilidade é um exemplo de fim legítimo. Um meio para alcançar esse fim é a publicação dos textos normativos em veículos oficiais. O estudo privilegiará o *fim* previsibilidade. Para tanto, serão exploradas as diferenças entre: (i) segurança jurídica como previsibilidade absoluta, e; (ii) segurança jurídica como previsibilidade relativa. A proposição que se fará é: por razões filosóficas, de teoria da interpretação e de teoria da norma, deve ser abandonado o ideal de segurança jurídica como previsibilidade absoluta. A seção aponta para a necessidade de se repensar a segurança jurídica, por meio do estabelecimento de mecanismos de fundamentação que permitam o controle, o debate e a crítica.

Em suma, o trabalho visa contribuir para o desenvolvimento de uma teoria da norma que supere a distinção entre ser e dever-ser. Em consequência, que ilumine alguns conceitos afetos ao direito, como metódica jurídica, segurança jurídica e a separação dos poderes, especialmente o papel do Poder Judiciário.

Do ponto de vista metodológico, a busca pela demonstração de uma necessária ressignificação dos ideais de separação dos poderes e segurança jurídica, a partir de uma nova teoria da norma, foi realizada por meio de reconstruções argumentativas e análises textuais das ideias apresentadas por diversos autores, bem como o exame crítico das Constituições de democracias ocidentais, tais como Brasil, Argentina, Chile, Espanha, Portugal, França, Alemanha, Itália e Estados Unidos. A tese não é um trabalho de direito constitucional comparado, eis que não foi empregada metodologia específica para a comparação dos distintos ordenamentos jurídicos[26]. De toda sorte, a globalização constitucional, caracterizada pela constante comunicação entre culturas constitucionais, permite realizar algumas generalizações.

---

[25] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 187.

[26] O mesmo alerta é feito pela Prof.ª Estefânia Barboza, que também desenvolveu trabalho sobre segurança jurídica. Vide: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

2 A TEORIA DA NORMA EM DEBATE: A DISTINÇÃO ENTRE SER E DEVER-SER E OS APORTES INICIAIS PARA A SUPERAÇÃO DE UMA TEORIA POSITIVISTA

A presente seção se desdobra em duas partes. De um lado, pretende apresentar os contornos de uma teoria *positivista* de norma jurídica. Na particular definição de Friedrich Müller, são positivistas todas as definições de norma jurídica que: (i) confundem a norma e o teor literal da legislação (artigos, parágrafos, incisos, alíneas do Código Civil, Penal, da Constituição); (ii) compreendem a norma como puro dever-ser. Nesse intento, será exposta e analisada criticamente a teoria de Hans Kelsen.

Por que Kelsen? Para o jurista austríaco, a teoria do direito era sobretudo teoria da norma, como comprova, de modo bastante particular, a famosa "*Grundnorm*" (norma fundamental)[27]. Ademais, não se pode ignorar a importância de Kelsen para o universo jurídico. A Teoria pura do direito é um clássico global que formou gerações. Porém, o fator "popularidade" não é preponderante. O conceito de norma jurídica exposto na Teoria pura do direito continua repercutindo até hoje. Diversos trabalhos foram propostos nos últimos anos em razão de insatisfações a respeito do caráter, das funções, das condições de aplicação e da interpretação das normas jurídicas, especialmente diante dos postulados do estado democrático de direito[28].

Ainda que assim não fosse, historicamente a chave para uma teoria do direito centrada na norma foi a distinção neokantiana entre ser e dever-ser, que opõe normas jurídicas e fatos extrajurídicos[29]. Kelsen fundamentou essa separação com o artifício de que "é um dado imediato de nossa consciência"[30]. Na lição de Vesting, Kelsen criou assim dois mundos. O mundo 1 é o mundo das normas jurídicas, o mundo do puro dever-ser. Paralelamente, o mundo 2 é o mundo da facticidade, da realidade[31]. No mundo 1 há a norma "não matarás" (art. 121, do Código Penal Brasileiro). Todavia, nas ruas, bairros e favelas os homicídios são cometidos diariamente, seja por particulares, seja por agentes do Estado, que deveriam ser responsáveis pela garantia da vida e da integridade física dos cidadãos. Ocorre que, para Kelsen, a realidade não tem

---

[27] VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. Tradução de: MENDES, Gercélia B. de O. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

[28] Nesse sentido as diversas obras referenciadas na presente seção.

[29] VESTING, Thomas. Teoria do direito: uma introdução. Tradução de: MENDES, Gercélia B. de O. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

[30] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

[31] VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. Tradução de: MENDES, Gercélia B. de O. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

influência sobre a validade das normas jurídicas. Segundo o autor, não é possível inferir um dever-ser de um ser e tampouco um ser de um dever-ser. Conforme se verá, essa distinção promoveu resultados importantes para a concepção de *validade*. Porém, é bastante discutível se promoveu a racionalização do processo decisório, da práxis jurídica.

Uma segunda razão para o estudo de Kelsen é o fato da Teoria pura do direito se colocar como contraponto para uma teoria pós-positivista da norma jurídica. Em relação à Kelsen, a teoria estruturante do direito é considerada "impura", pois tem como objeto todos os fatores que caracterizam o direito real de uma dada sociedade, e não apenas sua forma geral. Para Müller, todos os fatores que influenciam a decisão devem ser incorporados – controladamente – na teoria da norma e na metódica jurídica. Uma teoria da norma pós-positivista buscará romper com o dualismo neokantiano entre ser e dever-ser, norma e realidade.

De outro lado, na segunda parte da seção serão expostos alguns dos pressupostos filosóficos de uma nova teoria da norma jurídica. A ciência jurídica sabidamente não está isolada, não é uma ilha, razão pela qual é necessário um olhar sobre os fundamentos de outras ciências. Nas palavras de Friedrich Müller, a mera configuração linguística das prescrições jurídicas e a necessidade de sua concretização prática tornam indispensável uma análise dos problemas da compreensão nas ciências humanas[32]. Nesse sentido, a segunda parte exporá as contribuições da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica, naquilo que se entende pertinente à discussão acerca da estrutura da norma e da normatividade. Vale aqui a advertência de Robert Walter no sentido de que, toda teoria de um âmbito especializado tem, consciente ou inconscientemente, determinadas posições filosóficas básicas[33].

Finalmente, a explicação para inserção na segunda seção dos pressupostos filosóficos de uma teoria da norma pós-positivista é de ordem teórica e "topográfica". Müller se recusa a reconhecer outros autores como fontes inspiradoras da teoria estruturante do direito. Segundo o autor, suas fontes não foram a tradição acadêmica (jurídica e filosófica), mas a prática cotidiana do direito[34]. Müller sustenta que a teoria estruturante do direito é uma teoria indutiva, que não adotou uma posição extrajurídica como "base". Ainda assim, parece fora de dúvidas que alguns dos antecedentes científicos de Müller foram as contribuições formuladas pela ciência linguística moderna, que reflete sobre a linguagem. Nas palavras do próprio autor, não

---

[32] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direto. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

[33] WALTER, Robert. **La doctrina del derecho de Hans Kelsen**. Tradução de: BORDA, Luis Villar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 43.

[34] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 48.

é possível pensar a teoria da norma jurídica sem integrar a linguística do direito, pois o direito opera dentro do meio "linguagem natural"[35]. Igualmente, são claras as influências de Wittgenstein e Gadamer, bem como a recepção da reviravolta linguístico-pragmática, razão pela qual serão problematizadas algumas dessas questões.

2.1 HANS KELSEN E O PRINCÍPIO METODOLÓGICO FUNDAMENTAL

Antes de adentrarmos a teoria da norma kelseniana, convém nos aprofundarmos sobre o postulado da "pureza metódica" desenvolvido por Kelsen. Kant introduziu a ideia de que toda forma de conhecimento carece da delimitação precisa de seu objeto de estudo, de forma a evitar a confusão no tratamento das suas respectivas matérias[36]. Primeiro deve haver a apresentação do método e depois a delimitação precisa e rigorosa do objeto de análise. É o que Kelsen realiza. No intento de garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito, de "libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos", Kelsen funda seu *método* na separação rigorosa entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*)[37]. A fundamentação da autonomia metodológica da ciência do direito, inspirada no neokantismo[38], é construída a partir da distinção entre ser e dever-ser. Esta diferença é, para Kelsen, insusceptível de maior explicação; é nos dada imediatamente à consciência. Segundo Kelsen:

> Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático - se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja[39].

---

[35] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 74.

[36] ROBLES, Gregorio. Presentación. In: KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho** [1ª edición de 1934]. Tradução de: MARCHÓN, Gregorio Robles; SÁNCHEZ, Félix F. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 18.

[37] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1. Segundo Kelsen: "o dever-ser – como já diz Gerog Simmel em sua *Einleitung in die Moralwissenschaft*, do mesmo modo que o ser, é uma 'categoria original', e como não se pode descrever o que seja o ser, tão pouco há uma definição de dever-ser" [sic] (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de: DUARTE, José Florentino. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 3).

[38] Segundo Losano, Kelsen não bebe diretamente na fonte de Kant, mas em dois ramos da escola neokantiana. Segundo o autor: "com efeito, da figura mais representativa da escola de Marburgo, Hermann Cohen, Kelsen infere os conceitos fundamentais de sua gnoseologia; de Wilhelm Windlband e de Georg Simmel, expoentes da escola do sudoeste alemão, Kelsen extraiu sobretudo a distinção entre *Sein* (ser) e *Sollen* (dever-ser)" (LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik. 2017, p. 27, Tradução nossa).

[39] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

Nas palavras de Kelsen, esse é o "princípio metodológico fundamental" da Teoria pura do direito[40].

A "exigência de pureza", por outro lado, exige a delimitação do conhecimento do direito em face da psicologia, sociologia, ética e teoria política. A Teoria pura do direito se apresenta como livre de quaisquer ideologias, como uma teoria do positivismo jurídico, que realiza uma descrição objetiva, livre de valorações. A pureza, portanto, tem relação com a impossibilidade de utilização de um juízo de valor como critério para a aferição da validade do direito, bem como no afastamento do estudo das influências políticas, econômicas ou históricas sobre a formulação do direito. Nesse segundo aspecto, trata o direito apenas em termos de estrutura formal, caracterizando questões de propósito ou conteúdo como alheias ao trabalho do cientista do direito[41].

Isso não significa que Kelsen ignorasse que o direito, quando da sua formulação, possuísse conteúdo moral e/ou político. Nas palavras do jurista vienense, "o direito não pode ser separado da política, pois é um essencial instrumento da política, mas a ciência do direito pode e deve ser separada da política"[42]. A análise formal do direito apenas expressava a diferença fundamental entre "direito" e "ciência do direito". Efetivamente, o que Kelsen objetivava era evitar um sincretismo metodológico que diluísse a ciência do direito em discussões alheias ao seu propalado objeto, a norma jurídica[43]. Para Kelsen, na análise da estrutura do poder coativo procedemos como cientistas jurídicos, ao passo que na análise da justiça ou do progresso social atuamos como filósofos, sociólogos etc.[44] Trata-se, portanto, de projetos distintos.

Conforme se verá, as regras epistemológicas lançadas por Kelsen trazem alguns problemas de coerência à Teoria pura do direito, em especial à teoria da validade da norma jurídica e à teoria da interpretação [e da decisão] jurídica.

---

[40] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1

[41] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos aos pós-modernos. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 382.

[42] KELSEN, Hans. **Was ist die Reine Rechtslehre?** p. 620 apud CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. II, p. 386.

[43] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

[44] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos aos pós-modernos. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 387-388.

2.2 A TEORIA DA NORMA DE HANS KELSEN

Para Kelsen a ciência do direito é uma ciência normativa, cujo objeto não são os fatos, mas as normas. O objeto da ciência do direito é o conjunto de normas jurídicas que compõe o ordenamento jurídico[45]. Com a determinação desse objeto de conhecimento, a Teoria pura do direito insere-se, histórico-cientificamente, nos marcos do positivismo jurídico-estatal[46].

Para Kelsen, "com o termo 'norma' se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira"[47]. A distinção entre ser e dever-ser, princípio metodológico fundamental da Teoria pura do direito, também se observa na caracterização da norma. As normas jurídicas são juízos de dever-ser, diretivas que podem ser válidas ou inválidas. De outro lado, juízos de ser são enunciados descritivos, suscetíveis de verdade ou falsidade[48].

Enquanto juízos de dever-ser as normas funcionam como um esquema de interpretação, como um filtro de juridicidade para a análise dos fatos observáveis na realidade, sensorialmente perceptíveis. A norma jurídica possui uma função gnosiológica, pois permite a atribuição de significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem na perspectiva do direito. Um evento não se torna jurídico pela sua facticidade, pelo seu ser natural, mas em razão de uma

---

[45] Por um dever de precisão, é importante esclarecer que Kelsen amplia o objeto da ciência do Direito para também contemplar os *fatos observáveis*, quando uma norma jurídica a eles se dirige com seu conteúdo: "Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79).

[46] WALTER, Robert. **La doctrina del derecho de Hans Kelsen**. Tradução de: BORDA, Luis Villar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 40.

[47] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5. No livro "Teoria Geral das Normas" Kelsen afirma que: "Com o termo [norma] se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. [...] Também conferir poderes, permitir, derrogar são funções de normas" (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de: DUARTE, José Florentino. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 1). Na crítica de Losano, a definição kelseniana de norma é bastante restritiva. Apesar da função prescritiva poder ser atribuída às normas morais, as demais funções dificilmente podem ser subsumidas às normas morais, especialmente a derrogatória. Sobre o tema: LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 101-104.

[48] Neste sentido, afirma: "A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 82).

norma jurídica[49]. A norma permite a classificação dos atos em jurídicos ou antijurídicos; segrega os fatos juridicamente relevantes daqueles que lhe são indiferentes. Assim, *e.g.*, é uma norma jurídica que permite a operação mental e a posterior conclusão de que a aplicação de uma injeção letal se traduz na execução de uma pena de morte e não em um homicídio privilegiado.

Na segunda edição da Teoria pura do direito, de 1960, Kelsen amplia o conceito de dever. Se na concepção ordinária dever significa apenas ordenar, para Kelsen também compreende *autorizar* (estar autorizado a) e *poder* (conferir competência). Assim, uma norma pode não só comandar como também permitir e, sobretudo, conferir competência ou agir de determinada maneira[50]. Finalmente, na obra póstuma Teoria geral das normas, de 1979, Kelsen inclui uma quarta função normativa: a derrogatória[51].

Assim, "'norma' é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém"[52]. A norma é distinta do ato de vontade e/ou da vontade psíquica que a produziu. Kelsen aduz que "a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser"[53]. Em suma, o *ato de vontade* jaz na esfera do ser, ao passo que sua *significação* na esfera do dever-ser[54]. As normas subsistem, ainda que a vontade que as tenha produzido tenha cessado. Um exemplo singelo: mesmo que todos os legisladores que aprovaram a Lei n.º 12.546/2011 (Lei antifumo)[55] estejam profundamente arrependidos e desejosos de fumar em locais fechados, não obstante, a norma possui força obrigatória. Aliás, a norma é obrigatória/devida ainda que o(s) indivíduo(s) que a gerou(raram) nada saiba(m) sobre o seu conteúdo. É o que acontece quando parlamentares aprovam leis simplesmente por determinação do líder partidário, desconhecendo em larga

---

[49] Nas palavras de Kelsen: "O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo norma" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4).

[50] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5-6.

[51] Nos dizeres de Kelsen, "uma norma não pode apenas *impor* uma conduta fixada, ela pode também autorizar uma certa conduta; e finalmente *revogar* a validade de uma norma, i. e., pode derrogar uma outra norma" (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de: DUARTE, José Florentino. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 121).

[52] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

[53] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

[54] WALTER, Robert. **La doctrina del derecho de Hans Kelsen**. Tradução de: BORDA, Luis Villar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 49.

[55] BRASIL. **Lei n.º 12.546/2011, de 14 de dezembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12546.htm#art49. Acesso em 18.06.2020.

medida o seu conteúdo e suas repercussões[56]. É essa a razão que afasta a concepção kelseniana de norma jurídica daquela realizada por Austin. A analogia entre normas e mandados e/ou ordens é limitada[57]. Nas palavras de Nino, uma norma é um "mandado despsicologizado"[58]. Kelsen substituiu a vontade por outra propriedade: a *validade*. Uma norma é válida se foi posta por autoridade competente, segundo o procedimento previsto em outra norma, igualmente válida. O conceito de validade será abordado posteriormente.

2.2.1 A estrutura das normas jurídicas

Kelsen distingue as normas jurídicas de outras normas em razão do elemento coativo. As normas jurídicas exigem uma determinada conduta na medida em que ligam a conduta oposta àquela prescrita um ato coativo direcionado à pessoa que assim se conduz. O direito é uma ordem coativa na medida que suas normas estatuem atos de coação atribuíveis aos indivíduos sujeitos a ela[59]. Conforme afirma Losano, "as normas jurídicas em Kelsen têm um valor puramente formal, porque estão separadas de toda experiência social"[60]. O direito pertence ao mundo do dever-ser (*sollen*), a natureza ao mundo do ser (*sein*). A norma jurídica é descrita pela ciência do direito como um juízo de dever-ser[61]. Para Kelsen, a estrutura da norma se compõe da condição (ilícito) e da consequência jurídica (sanção). Em suma, determinada consequência jurídica é imputada à determinada condição.

---

[56] Nino também aponta o exemplo dos costumes, sob os quais não se pode estabelecer uma vontade real (NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de: GASPAROTTO, Elza Maria. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 92).

[57] Segundo Kelsen: "Por isso não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever de um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo – o que equivaleria a dizer que o enunciado de um dever-ser se deixa reconduzir ao enunciado de um ser" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6).

[58] NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de: GASPAROTTO, Elza Maria. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 92. Kelsen afirma: "É errôneo caracterizar a norma em geral e a norma jurídica em particular como 'vontade' ou 'comando' – do legislador ou do Estado -, quando por 'vontade' ou 'comando' se entenda o ato de vontade psíquica" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11).

[59] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36.

[60] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 28. Tradução nossa.

[61] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 29.

2.2.2 Tipos de normas jurídicas

2.2.2.1 Normas categóricas e hipotéticas

Embora não desenvolva expressamente, podemos dizer que Kelsen diferencia as normas jurídicas pela condição de aplicação em *normas categóricas* e *normas hipotéticas*. As normas categóricas são aquelas que estabelecem que uma determinada ação deve ser cumprida incondicionalmente[62]. As condições de aplicação são apenas pressupostas pelo conteúdo da referida norma. Por exemplo, a ordem "feche a janela" pressupõe que haja apenas uma janela e que esta esteja aberta. De outro lado, as normas hipotéticas indicam mais de uma condição para que a conduta seja obrigatória, proibida ou permitida. É o que Kelsen aduz quando sustenta a ideia de que a norma jurídica apresenta a formulação "Se A, então B deve ser". Por exemplo, "se alguém furta, deve ser punido com pena de prisão"[63]. Aqui se verifica o princípio da imputação. A consequência que se verifica não decorre de uma causa no sentido naturalista, mas é uma consequência imputada a uma ação, mediante uma norma jurídica. Nos dizeres de Bobbio: "a relação meio/fim não é a conversão em forma de regra de uma relação entre causa e efeito, mas de uma relação entre um fato qualificado pelo ordenamento como condição e um outro fato que o mesmo ordenamento qualifica como consequência"[64].

Para Kelsen, apenas as normas individuais podem ser categóricas, no sentido de que "prescrevem, autorizam ou positivamente permitem uma dada conduta de determinado indivíduo sem a vincular a determinado pressuposto"[65]. É o que ocorre quando o Judiciário determina a execução de determinado patrimônio. Isso não quer dizer que as normas individuais não possam ser hipotéticas em algumas situações. Assim acontece, por exemplo, quando o juiz determina a penhora de bens do devedor, apenas sob a condição de o devedor não pagar quantia certa em determinado período de tempo. De outro lado, as normas gerais reforçadas com sanções assumem a forma de imperativos hipotéticos, pois atribuem a uma determinada ação, uma consequência (favorável ou desfavorável), funcionando como técnica de motivação indireta, no sentido de que a ação seja realizada (quando a consequência é favorável) ou omitida (quando a consequência é desfavorável).

---

[62] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de: BAPTISTA, Fernando Pavan; SUDATTI, Ariani Bueno. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 93, 187.
[63] TROPER, Michel. **Filosofia do direito**. Tradução de: DEIRÓ, Ana. São Paulo: Martins, 2008, p. 85.
[64] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de: BAPTISTA, Fernando Pavan; SUDATTI, Ariani Bueno. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 95.
[65] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 112.

2.2.2.2 Normas gerais e individuais

Kelsen é taxativo no sentido de que o direito não é composto apenas por *normas gerais*. Normas gerais são aquelas que obrigam *em geral* a atos ou omissões de atos de uma *classe*, ou seja, uma certa conduta universalmente é posta como devida, *e.g.*, a norma de que todos os indivíduos que cometem furtos devem ser condenados à pena de reclusão[66]. Ocorre que o direito também abarcaria *normas individuais*, isto é, "normas que determinam a conduta de um indivíduo em uma situação irrepetível e que, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser aplicadas uma vez"[67]. Exemplo: a decisão judicial de que o "ladrão", Sr. Cunha, deve ser apenado com reclusão de 6 anos[68].

Kelsen vê as normas individuais como uma decorrência lógica da nomodinâmica do direito. As normas individuais são "direito" porque compõe o ordenamento jurídico, isto é, decorrem de outras normas igualmente válidas e podem ser reconduzidas até a norma fundamental. Como visto, as sentenças e acórdãos proferidos, respectivamente, por juízes e tribunais, são exemplos de normas individuais[69]. Um juiz que ordena a desocupação voluntária numa ação de despejo proposta pelo locador "A", está ameaçando o locatário "B", expressa ou tacitamente, com uma sanção civil no caso de não desocupação. O juiz, portanto, "comanda" "B" a desocupar o imóvel de "A". Na lição de Kelsen, a decisão do juiz é uma norma jurídica no mesmo sentido e pela mesma razão que o princípio geral que, se alguém não realiza o pagamento do aluguel, então uma sanção deve lhe ser infligida por ação do locador[70]. A força obrigatória das normas não tem relação com sua espécie (geral ou individual), mas com o fato de pertencer a um ordenamento jurídico válido. Kelsen critica duramente a ideia de que o direito tem apenas normas gerais, bem como que as decisões judiciais seriam meramente declaratórias. Segundo ele, são responsáveis por essa cegueira teórica, a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito possui apenas normas gerais e a

---

[66] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 53; KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de: DUARTE, José Florentino. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 10.

[67] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 53.

[68] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de: DUARTE, José Florentino. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 10.

[69] Para Kelsen, as normas individuais também resultam das resoluções das autoridades administrativas e dos atos jurídico-negociais (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 263).

[70] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 53.

ignorância da norma individual. O erro decorre da não percepção de que a decisão é a continuação do processo de criação jurídica[71].

Uma crítica intrassistemática pode ser realizada em relação às normas gerais. Kelsen é incoerente quando estabelece que um mínimo de eficácia é condição de validade de uma norma jurídica. Isso porque, para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma é outra norma que lhe é superior. A norma fundamental consistiria no fundamento último de validade, conferindo unidade ao ordenamento jurídico. Contudo, Kelsen transpassa sua regra metodológica de distinção entre ser e dever-ser, ao afirmar que "uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)"[72].

Ao fim e ao cabo, a condição de validade de uma norma (dever-ser) fica na dependência da realidade (de um ser). Ou seja, a validade do direito está no mundo real (mundo 2), não no mundo jurídico (mundo 1). Losano aduz que este "ser" que condiciona a existência de um "dever-ser" cria constrangimentos para a teoria kelseniana. Tanto é assim que o próprio Kelsen, em suas primeiras obras, rechaçava o requisito da eficácia, *ignorando a realidade do direito*, em prol da manutenção da coerência de sua teoria, sabidamente fundamentada na distinção entre ser e dever-ser[73]. Por meio da norma fundamental, Kelsen decide ignorar outras possíveis explicações sobre a validade do direito[74]. Todavia, a opção pela eficácia é incoerente com os pressupostos metodológicos auto eleitos.

Outra aporia da norma fundamental reside na distinção entre prescrição e descrição. Kelsen sustenta que a ciência do direito é descritiva e as normas jurídicas – o direito – prescritivas. Todavia, ao "criar" a norma fundamental a ciência do direito deixa de ser meramente descritiva. Nas palavras de Losano, "a teoria pura do direto não descreve, mas prescreve, não fornece uma imagem de como o direito é, mas de como ela desejaria que fosse interpretado"[75]. Isso sobretudo quando Kelsen afirma que não se pode regredir ao infinito, como na busca da causa de um efeito. Ora, nem todos os autores partilham de uma concepção

---

[71] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 265.

[72] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12. Kelsen conceitua a eficácia numa dupla dimensão: o fato da norma ser aplicada pelos tribunais e ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica. Uma norma que não é aplicada pelos tribunais e tampouco respeitada pelos indivíduos é inválida e ineficaz.

[73] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 104.

[74] LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. Tradução de: LAMBERTI, Luca. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2, p. 83.

[75] LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução de: LAMBERTI, Luca. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2, p. 82.

positivista. Kelsen, portanto, prescreve uma postura teórica em detrimento de outras igualmente possíveis. Kelsen reiteradamente combate ficções jurídicas como as da "única resposta correta" ou que "o Judiciário não cria direito"[76]. Porém, termina por introduzir uma ficção no vértice de todo o edifício teórico[77].

2.3 A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA "TERCEIRA FASE" DE KELSEN

É conhecido o debate acerca da importância que Kelsen atribuiu ao tema da interpretação jurídica. É possível dizer que a teoria kelseniana da interpretação jurídica perpassa três fases: o início em 1911, o amadurecimento em 1934 e a plenitude em 1960[78]. Ainda assim, a maioria dos autores considera que o tema ocupou lugar marginal no interior do construto kelseniano[79]. Não menos controversa é a compreensão do conteúdo da teoria kelseniana da interpretação jurídica. Nas palavras de Stanley Paulson, "a maioria dos autores hodiernos que analisou a Teoria pura do direito no concernente à interpretação possui uma visão obscura da

---

[76] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 392-396.

[77] LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito.** Tradução de: LAMBERTI, Luca. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2, p. 86.

[78] Stanley Paulson identifica na obra de Kelsen três fases acerca do objeto "interpretação jurídica". A primeira fase começa em 1911, com a publicação de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.* É denominada de fase construtivista, de caráter mais convencional, marcada pela crítica à *teoria inorgânica* de Georg Jellinek. Kelsen critica o naturalismo ou o psicologismo presente no Direito, especialmente a ideia de que os órgãos legislativos tenham "psiquicamente" desejado o conteúdo das normas elaboradas A segunda fase começa em 1934, com a publicação da 1ª edição da Teoria Pura do Direito, em que é reproduzido o artigo artigo intitulado "*Zur Theorie der Interpretation*" ("Sobre a interpretação jurídica"), no periódico "*Internationale für Theorie des Rechts*", lançado previamente no mesmo ano. Tanto o artigo quanto o capítulo inserto na primeira edição da Teoria Pura do Direito tratam majoritariamente do problema das lacunas. A terceira fase começa com o prefácio ao livro "O Direito das Nações Unidas", de 1950 e vai até a segunda edição da Teoria Pura do Direito, de 1960 (PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020). No mesmo sentido: LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 148; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 407-408.

[79] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 146; DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria da decisão e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 214-218. Há, porém, quem compreenda que Kelsen tratou do tema de maneira suficiente. Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 407-408.

produção de Kelsen nessa esfera"[80]. De fato, Kelsen é acusado de realista, promotor do irracionalismo, decisionista etc.[81]

A presente seção pretende explorar a teoria da interpretação de Kelsen, pois profundamente ligada à teoria da norma jurídica e à estrutura hierárquica do ordenamento jurídico. É possível dizer que a teoria da norma e a teoria da interpretação são como a cabeça de Janus, isto é, inseparáveis. Isso porque: (i) independentemente das normas jurídicas poderem ser classificadas como gerais ou individuais, o processo de criação das mesmas sempre carece da interpretação; (ii) o postulado da pureza metodológica também se reflete na relação norma e interpretação: a interpretação é compreendida como uma atividade pertencente ao mundo do *ser*, ainda que dela possa derivar uma norma individual, isto é, um *dever-ser*[82].

Em primeiro lugar, a seção pretende expor a relação existente entre a atividade interpretativa e o princípio dinâmico, segundo o qual uma norma jurídica não vale em razão de determinado conteúdo, mas sim porque é criada sob uma forma determinada (em última análise, na forma estabelecida por uma norma fundamental pressuposta). Em seguida serão investigados os sujeitos da interpretação e as espécies de interpretação existentes. Para Kelsen, as espécies de interpretação são uma decorrência direta do sujeito interpretante. A seção seguinte é devotada a explicitar a tese da relativa indeterminação do direito e à figura da "moldura normativa". Em seguida, há a exposição do papel dos métodos de interpretação na atividade interpretativa, com todos os problemas que a sua rejeição pode provocar. Na quinta seção é aprofundada a ideia da interpretação autêntica como a conjugação de um ato de conhecimento e de um ato de vontade. Finalmente, em sexto e último lugar, a teoria da interpretação de Kelsen é revisada à luz das críticas que lhe são desferidas. A seção analisa as vicissitudes próprias da teoria da interpretação kelseniana, bem como as relações que a teoria da interpretação mantém com outros aspectos da Teoria pura do direito.

---

[80] PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020. Tradução nossa.

[81] As três acusações podem ser observadas, respectivamente, em: TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Revista Opinião Jurídica**, n. 8, p. 280-300, 2006.2. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2026. Acesso em: 30 set. 2019; VERNENGO, Roberto. Interpretación lógica del derecho y formas de decisión. **Anuário de filosofia jurídica y social**, Buenos Aires, n. 9, p. 195-220; MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

[82] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 146.

2.3.1 Preliminarmente: a atividade interpretativa e o princípio dinâmico

Primeiramente, importa dizer que Kelsen utiliza o termo "norma" de maneira ambígua, para se referir tanto ao *objeto* da interpretação, quanto ao seu *produto*[83]. O termo "interpretação jurídica" sofre igualmente de ambiguidade; no caso, da ambiguidade processo-produto. A expressão pode tanto designar o "ato" de interpretar (processo), como o "resultado" do ato interpretativo (produto)[84].

Isto posto, podemos dizer que enquanto atividade interpretativa, *interpretação* e *sistema hierárquico* estão umbilicalmente ligados, são noções complementares[85]. Fiel à ideia de um sistema nomodinâmico, isto é, de um ordenamento jurídico escalonado e hierarquizado, Kelsen compreende a interpretação como uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito, no seu progredir de um escalão superior para um inferior[86]. Kelsen acredita que a interpretação da lei, isto é, a criação da norma individual, decorre de um processo de dedução a partir de uma determinada norma geral, quando realizada por um intérprete autêntico[87]. A interpretação é compreendida como uma operação ininterrupta e inevitável na passagem do *Sollen* da norma fundamental à norma geral, e da norma geral à norma individual[88]. A diferença entre o processo de legislação e de jurisdição seria apenas quantitativo, pois qualitativamente em ambos os casos há tanto criação quanto aplicação do direito. Kelsen

---

[83] Regra geral a norma jurídica geral é o objeto da interpretação, ao passo que a norma individual é o produto da interpretação. Essa situação não é estanque. É possível que uma norma geral seja o objeto da interpretação e uma outra norma geral o seu produto. É o que ocorre quando da formulação de leis infraconstitucionais, por exemplo.

[84] SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen (uma introdução teórica)**. Disponível em: https://www.academia.edu/9401794/Hans_Kelsen_e_a_Interpretação_Jur%C3%ADdica. Acesso em: 14 maio 2020.

[85] PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020.

[86] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387. Para Kelsen, o sistema dinâmico "é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legislador ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 219).

[87] Nas palavras de Kelsen: "[...] deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387). Kelsen esclarece que a interpretação não se restringe à dedução de uma norma individual a partir de uma norma geral. Há a possibilidade de criação de uma norma geral a partir da interpretação de outra norma geral. Kelsen aponta que há também a interpretação da Constituição para a formulação de normas infraconstitucionais, a interpretação dos tratados internacionais, das normas do direito internacional geral consuetudinário, bem como das normas individuais, ordens administrativas etc, na medida em que devam ser aplicadas.

[88] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 150.

centra maior atenção na passagem das normas gerais para as individuais, por considerar esse o processo mais típico e usual quando se fala em "interpretação do direito"[89].

2.3.2 Os sujeitos da interpretação e as respectivas espécies de interpretação

Ao tratar da interpretação autêntica Kelsen propõe uma *definição estipulativa*, ao usar um termo preexistente de uma maneira nova, promovendo uma redefinição[90]. A jurisprudência tradicional compreendia a interpretação autêntica como aquela realizada pelo próprio órgão legislador, isto é, quando o responsável pela edição da norma "A", editava sucessivamente uma norma "B", com função meramente interpretativa. Todavia, para Kelsen, o intérprete autêntico não se limita à elaboração de leis interpretativas cuja finalidade precípua é determinar o sentido de uma determinada norma jurídica. O intérprete autêntico atua de maneira ampla. Todas as normas jurídicas (gerais ou individuais) são criadas pelo intérprete autêntico.

Assim, Kelsen distingue os sujeitos da interpretação em: (i) intérpretes autênticos, e; (ii) intérpretes não autênticos. Deste modo, utilizando como critério distintivo o *sujeito da interpretação*, aduz existirem *duas espécies* de interpretação jurídica: (i) a realizada por um órgão que aplica o direito (denominada de *interpretação autêntica*, que cria normas gerais e/ou individuais); (ii) a efetivada por pessoas privadas (cuja principal motivação é evitar a sanção) e, principalmente, pela ciência do direito (chamada de interpretação *não autêntica* ou doutrinária).

Os intérpretes não autênticos não criam direito e realizam a interpretação de forma a "determinar o conteúdo das normas jurídicas"[91]. Trata-se de uma interpretação não vinculante, de puro conhecimento. Apesar de mencionar os particulares, Kelsen está realmente preocupado com os "atores técnicos", isto é, os componentes da ciência do direito, que devem desempenhar uma "função científica" e não "política"[92]. A função científica é cumprida quando os juristas

---

[89] Segundo Kelsen: "Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese de interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387).

[90] Sobre a diferença entre definição informativa e definição estipulativa: GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 32.

[91] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387.

[92] SGARBI, Adrian. **O mundo de Kelsen**. São Paulo: Marcial Pons, 2019; SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen (uma introdução teórica)**. Disponível em: https://www.academia.edu/9401794/Hans_Kelsen_e_a_Interpretação_Jur%C3%ADdica. Acesso em: 14 maio 2020.

não obscurecem o fato de que a norma jurídica é portadora de uma gama de sentidos, em prol da ideia de univocidade, tal qual defendido pela teoria jurídica tradicional, com o fito de promover uma sensação de segurança jurídica. Kelsen termina por propor um *modelo normativo* de ciência do direito, pois *prescreve* que os cientistas do direito devem simplesmente *descrever* o direito[93]. Caberia à ciência do direito expor todos os significados possíveis atribuíveis a uma norma jurídica ou um conjunto de normas jurídicas[94]. O cientista do direito deveria se preocupar com a *estrutura da interpretação*, isto é, o *modo* como se interpreta, o *procedimento* mediante o qual se conhece os possíveis sentidos das normas jurídicas (*e.g.*, por intermédio da interpretação literal, sistemática, teleológica, argumento *a contrario* etc.)[95]. Segundo Losano: "Se nos atermos ao afirmado por Kelsen, o estudioso do direito, enfrentando um problema jurídico, deve abster-se de aconselhar certa solução, e limitar-se a enunciar os possíveis significados da norma geral, que se há de aplicar no caso que se estuda"[96].

De outro lado, quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, temos a interpretação autêntica. A interpretação autêntica cria direito e pode assumir, *e.g.*, o caráter de lei, tratado internacional, sentença ou resolução, o que denota que os órgãos de aplicação do direito podem ser o Legislativo[97], o Executivo[98] ou o Judiciário. É importante ressaltar que a interpretação doutrinária é um pressuposto da interpretação autêntica. Trata-se de sua fase inicial[99]. A interpretação doutrinária está inteiramente abarcada na interpretação autêntica. Isso porque,

---

[93] VAQUERO, Álvaro Nuñez. Kelsen en la encrucijada: ciencia jurídica e interpretación del derecho. **Revista Ius et Praxis**, Año 20, n. 2, p. 415-442, 2014.

[94] Nas palavras do autor: "A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 395-396). No prefácio do livro "O Direito das Nações Unidas", de 1950 (anterior, portanto, à 2ª edição da Teoria Pura do Direito), Kelsen já dizia que: "a função do comentário científico é, primacialmente, identificar, mediante uma análise crítica, os possíveis significados da norma jurídica verificados na interpretação; e, por conseguinte, expor suas consequências, sendo incumbência da autoridade competente escolher dentre as várias interpretações possíveis" (KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations**: a critical analysis of its fundamentals problems. London: Stevens & Sons Limited, 1951. Tradução nossa).

[95] LOSANO, Mario G. Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 156.

[96] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 155. Tradução nossa.

[97] Que aplica a Constituição ao criar normas infraconstitucionais.

[98] No ordenamento jurídico brasileiro, o Chefe do Poder Executivo cria normas gerais por meio das "medidas provisórias" (art. 62, CF). Para além disso, órgãos administrativos pertencentes ao Poder Executivo expedem resoluções administrativas, fazem cumprir sentenças etc.

[99] Para Vidal, o fato da interpretação doutrinária ser o momento inicial da interpretação autêntica é algo não admitido expressamente por Kelsen, que resulta ambíguo nesse aspecto (VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación en la teoria del derecho contemporanea**. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1997. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1861&orden=0&info=link. Acesso em: 30 set. 2019, p. 85).

sempre há, primeiramente, a realização do ato cognoscitivo de verificação dos possíveis significados da norma superior. Após o ato de vontade escolher um dos sentidos possíveis, há a expedição e a publicação do ato que individualiza a norma geral, pois o simples pensamento do juiz não cria direito. É necessária a efetiva decisão, sentença ou acórdão[100].

O que diferencia a interpretação autêntica é a *função* desempenhada. O ordenamento jurídico prescreve aos juízes converter em norma individual um – e apenas um – dos significados possíveis da norma geral[101]. O traço característico da interpretação autêntica é o *ato de vontade* que escolhe um dos sentidos possíveis da norma geral, tornando-o vinculante por força de outras normas jurídicas, em especial aquela que afirma a autoridade da coisa julgada. Nas palavras de Losano: "Kelsen designa, não o mecanismo lógico com o qual se analisa a norma geral, senão a finalidade que o órgão pretende perseguir com um ato de sua própria vontade"[102]. Finaliza o autor: "[...] Kelsen tem presente não o *procedimento* segundo o qual se interpreta, senão a *função* que a interpretação desempenha"[103]. Intérprete autêntico e não autêntico realizam sempre a mesma operação lógica de comprovação dos possíveis significados da norma jurídica. O que os diferencia é o ato de vontade (para Kelsen, baseado em motivos extrajurídicos) e a função desempenhada[104].

2.3.3 A relativa indeterminação do ato de aplicação do direito e a figura da "moldura normativa"

Kelsen sustenta que a aplicação do direito envolve simultaneamente a criação de direito, pois a norma de escalão superior é aplicada, na medida em que, de acordo com ela, se

---

[100] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 155.

[101] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 155.

[102] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 150-151.

[103] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 155.

[104] Losano sublinha que a técnica interpretativa é sempre a mesma, independentemente da qualidade do intérprete: "Por exemplo, um estudioso formula em um manual determinada interpretação de uma norma constitucional; eleito juiz constitucional, dita uma sentença inspirada naquela sua interpretação da norma jurídica em questão. Nada mudou na técnica interpretativa [...]" (LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 159. Tradução nossa).

produz a norma de escalão inferior[105]. Todavia, o ato de aplicação e produção nunca é integralmente regulado pela norma superior. A determinação de uma norma superior em relação à uma norma inferior nunca é completa. Há sempre uma relativa indeterminação no ato de aplicação do direito. A indeterminação encontra-se em todos os escalões do ordenamento jurídico. Existe sempre uma margem de apreciação, maior ou menor, para a concretização da norma inferior, a partir dos ditames da norma superior[106]. Assim, a norma disposta no escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa, o caráter de uma moldura ou quadro. Essa relativa indeterminação pode ser intencional ou não intencional.

A indeterminação intencional ocorre quando o próprio ordenamento confere discricionariedade ao intérprete para escolher uma dentre duas ou mais hipóteses. É o caso, *e.g.*, da possibilidade de escolha de uma determinada consequência normativa por parte de um órgão de aplicação do direito: sanção penal de *detenção* ou *multa*. Igualmente, o legislador pode deixar questões em aberto intencionalmente, delegando poderes para órgãos administrativos, em virtude destes órgãos possuírem maior especialização ou experiência no trato das matérias[107]. Exemplo atual é dado pelas agências reguladoras que exercem função regulamentadora, isto é, estabelecem disciplina, de caráter complementar, com a observância dos parâmetros definidos em lei (normas superiores). Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências terá de se adequar aos parâmetros da respectiva lei permissiva, sob pena de crise de legalidade. Em suma, o traço característico da indeterminação

---

[105] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: LAMEGO, José. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 104; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 43. As únicas exceções no dualismo aplicação e criação dizem respeito à norma fundamental e ao ato coercitivo estatuído por normas individuais. A norma fundamental determina a criação da Constituição, sem que ela seja, concomitantemente, aplicação de uma norma superior. Igualmente, o ato coercitivo estatuído por normas individuais opera em aplicação de normas individuais, sem que ocorra a criação de uma norma. Vide: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 261.

[106] Mesmo uma ordem "fechada" comporta certa margem de apreciação e, portanto de indeterminação. Kelsen dá o seguinte exemplo: "Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 388).

[107] Exemplo pertinente são as agências reguladoras brasileiras: ANP, ANS, ANATEL, ANEEL, ANCINE, ANAC etc. O art. 48, inciso I, alínea "c", da Lei n.º 9.478/97 dá exemplo concreto do poder regulamentar no direito brasileiro, bem como da relativa indeterminação na progressão de um escalão superior para um inferior. O dispositivo em comento fixa o pagamento de sete inteiros e cinco décimos por cento de *royalties* de petróleo e gás natural aos "Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP" (BRASIL. **Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 6 jun. 2020).

intencional é a que as normas jurídicas facultam aos órgãos aplicadores do direito sanar essa indeterminação, seja dos fatos condicionantes, seja das consequências condicionadas. Para Luzzati, essa discricionariedade não é causada pela estrutura da linguagem jurídica, mas é concedida conscientemente pelo(s) elaborador(es) da norma aos sujeitos pertencentes aos órgãos aplicadores, diferentemente do que ocorre na chamada "indeterminação não intencional"[108].

De outro lado, há a indeterminação não intencional do ato de aplicação do direito. Esta decorre sobretudo: (i) da ambiguidade; (ii) da discrepância entre a expressão verbal e a vontade da autoridade legisladora, e/ou; (iii) do conflito entre normas jurídicas pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade[109]. A ambiguidade é uma propriedade que possuem diversas unidades linguísticas (palavras, locuções, frases) de significar coisas diferentes, permitindo mais de uma leitura[110]. Na lição de Guastini, às vezes o texto normativo é ambíguo: nos perguntamos se expressa N1 ou N2[111]. A ambiguidade é uma decorrência da natureza linguística do ordenamento jurídico. Há quase sempre uma pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras que a norma exprime. Como

---

[108] LUZZATI, Claudio. Discretion and "Indeterminacy" in Kelsen's Theory of Legal Interpretation. In: Hans Kelsen's Legal Theory. A diachronic point of view. Torino: Giappichelli, 1990, p. 132 e ss. apud VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación en la teoria del derecho contemporanea**. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1997. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1861&orden=0&info=link. Acesso em: 30 set. 2019, p. 109.

[109] Para Vidal, embora Kelsen "não expresse de maneira definitiva que se trata de uma enumeração exaustiva, esta conclusão, ao menos aparentemente, é a que pode extrair-se de seu texto" (VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación en la teoria del derecho contemporanea**. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1997. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1861&orden=0&info=link Acesso em: 30 set. 2019, p. 97).

[110] HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1. Acesso em: 16 set. 2019.

[111] Um bom exemplo é o art. 45, § 1º, CF: "§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados". A ambiguidade reside na palavra "ano", a qual pode denotar o período entre 01 de janeiro e 31 de dezembro, mas também denotar o período de 365 dias. Devemos entender que a lei que alterar o número de deputados proporcionalmente à população: (i) não pode ser aprovada no ano de realização das eleições, ou; (ii) temos que entender que pode ser aprovada nos 365 dias anteriores à realização da eleição? Igualmente o art. 37, inciso VII, CF, estabelece que: "O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica" (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020). A partir do texto, devemos interpretar que: (i) na ausência de norma regulamentadora o direito de greve é exercido ilimitadamente, ou; (ii) que não pode ser exercido até a aprovação, promulgação e publicação da regulamentação infraconstitucional? Os exemplos acima foram inspirados nos exemplos de Guastini, que apresenta outro caso curioso, proveniente da Constituição espanhola. O art. 12 dispõe que: "O homem e a mulher tem direito de contrair matrimônio". Disso decorre: (i) que todo homem e toda mulher tem direito subjetivo de contrair matrimônio um com o outro, ou que; (ii) todo homem e toda mulher tem o direito de celebrar matrimônio com quem quer que seja (em síntese, com pessoas do mesmo sexo)? (GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 44).

será visto adiante, um dos problemas fundamentais da interpretação do direito reside na possibilidade de atribuição de diferentes significados aos textos normativos, bem como na ausência de meta-critérios que estabeleçam qual critério interpretativo deve ser adotado[112]. Por segundo, o intérprete autêntico pode alegar um conflito entre a norma jurídica a aplicar e a vontade de quem estabeleceu a norma, causando indeterminação no ato de aplicação do direito[113]. Trata-se de uma hipótese que Kelsen considera firmemente reconhecida, de modo inteiramente geral, pela jurisprudência tradicional[114]. Finalmente, a indeterminação do ato de aplicação pode decorrer de uma antinomia jurídica, isto é, do fato de duas normas válidas e vigentes, contidas num mesmo ordenamento, se contradizerem total ou parcialmente[115].

Isso leva Kelsen a configurar o direito a aplicar como uma moldura dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação. Nas palavras do autor: "O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível"[116]. Kelsen rejeita a ideia de que a atividade interpretativa possa alcançar uma única solução como sendo a correta. Isso porque, o ato cognoscitivo de fixação da moldura pode apresentar diversas hipóteses interpretativas de *igual valor*, razão pela qual o ato de criação da norma inferior não cria *a* norma individual, mas apenas *uma* das normas individuais suscetíveis de serem produzidas[117].

Como se vê, ao afirmar a relativa indeterminação das normas jurídicas e ao diferenciar a interpretação autêntica da não autêntica, Kelsen cria uma teoria da interpretação consentânea com postulados outrora assentados. De um lado, une as ideias de relativa indeterminação, interpretação autêntica e estrutura hierárquica do ordenamento jurídico; de outro, faz o liame

---

[112] VAQUERO, Álvaro Nuñez. Kelsen en la encrucijada: ciencia jurídica e interpretación del derecho. **Revista Ius et Praxis**, año 20, n. 2, p. 415-442, 2014. Disponível em: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/253/222. Acesso em: 16 maio 2020.

[113] Nesse sentido, o famoso exemplo de Recaséns-Siches (proveniente de Radbruch), sobre um letreiro na entrada de uma estação de trem, que proibia o acesso às escadas de pessoas acompanhadas de um cachorro. Um sujeito pretendeu chegar à escadaria acompanhado de um urso. Coloca-se em questão, portanto, o conflito entre a "vontade da lei" e a "vontade do legislador" (SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1973, p. 164-165).

[114] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390.

[115] Na crítica de Vidal, essa terceira e última possibilidade difere das demais, pois a indeterminação não é causada por uma norma isolada, mas é devida em razão da conexão da norma aplicável com outras normas ou com todo o ordenamento. Vide: VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación en la teoria del derecho contemporanea**. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1997. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1861&orden=0&info=link Acesso em: 30 set. 2019, p. 105.

[116] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390.

[117] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

entre relativa indeterminação, interpretação doutrinária e a tese de que a ciência do direito possui um caráter puramente cognoscitivo.

2.3.4 O papel dos métodos de interpretação

Kelsen descarta a noção de que os métodos de interpretação seriam capazes de proporcionar um único resultado correto. O *iter* argumentativo desenvolvido por Kelsen se desdobra em três partes: (i) há uma pluralidade de critérios interpretativos assentes na experiência jurídica; (ii) os resultados fornecidos pelos distintos critérios interpretativos podem ser contraditórios, e sobretudo; (iii) inexiste um meta-critério jurídico que proporcione a escolha de qual critério interpretativo deva ser adotado. O autor é claro nesse sentido: "não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferível à outra"[118].

Ao analisar, *e.g.*, o conhecido debate sobre a prevalência da vontade da lei *ou* da vontade do legislador, afirma, sem constrangimentos, que a adoção de um ou outro posicionamento tem, do ponto de vista do direito positivo, valor absolutamente igual. Para Kelsen, a escolha entre as alternativas contempladas na moldura não é uma questão de teoria do direito, mas de política do direito. É extrajurídico o ato de vontade que escolhe *uma* das possíveis normas inferiores que podem derivar de uma norma superior[119]. Kelsen denuncia como ficção a imagem de que uma norma jurídica apenas permita uma só interpretação, a denominada "interpretação correta". Segundo ele, trata-se de um artifício perpetrado pela jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica[120]. O que se vende como verdade científica seria, tão somente, um juízo de valor político ideológico.

2.3.5 A interpretação (autêntica) como conjugação de conhecimento e vontade

A interpretação congrega, portanto, um ato de conhecimento e um ato de vontade. A interpretação cognoscitiva constrói a moldura normativa. Embora Kelsen não explicite como essa moldura será construída, podemos dizer, com Guastini, que a interpretação cognoscitiva se desenvolve rumo a um conjunto de enunciados condicionais, como: (i) "Se se adota o método

---

[118] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

[119] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 150.

[120] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 396.

interpretativo M1, então N significa N1"; (ii) "Se se adota o método interpretativo M2, então N significa N2" etc.[121] Como se percebe, a interpretação cognoscitiva coloca em evidência a equivocidade dos textos normativos, a relativa indeterminação do ato de criação, como apontava Kelsen.

De outro lado, um ato de vontade escolhe uma dentre as possibilidades reveladas pelo referido ato de conhecimento. Se interpretação cognoscitiva expressar que "N pode significar N1 ou N2", competirá à interpretação decisória – ao ato de vontade – expressar o enunciado "N significa N1" ou "N significa N2". Assim, do ponto de vista lógico, toda interpretação decisória pressupõe uma interpretação cognoscitiva, mas o contrário não é verdade. O ato de vontade serve como critério distintivo da interpretação autêntica da não autêntica, tendo em vista que à ciência do direito não é facultada a criação de normas jurídicas, mas apenas a formulação de proposições normativas (tarefa eminentemente descritiva, "pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas")[122].

Kelsen ressalta, porém, a inevitável possibilidade de, pela via da interpretação autêntica, serem criadas normas para além da moldura. De forma objetiva, aduz que é ineliminável a possibilidade do órgão aplicador do direito "produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa"[123]. Guastini chama esse fenômeno de interpretação criativa ou interpretação-criação, isto é, o ato de vontade (a decisão interpretativa) atribuí a um texto um significado "novo", que não constava no conjunto elaborado e identificado pela interpretação cognoscitiva. Se a interpretação cognoscitiva expressar que "N pode significar N1 ou N2", a interpretação criativa poderá expressar que "N significa N3"[124]. Losano critica essa ideia. Para o autor italiano, se a norma "N" pode significar N1 ou N2 e o juiz dita uma sentença que afirma que "N" é O1, existiriam duas possibilidades: (i) ou o juiz não aplicou a norma "N", ou; (ii) O1 é um dos possíveis significados da norma "N". Em consequência, o órgão aplicador: (i) ou aplicou a norma "N" de acordo com os possíveis significados elaborados pela interpretação doutrinária, ou; (ii) não aplicou a norma "N" em proveito de outra norma ou mesmo uma norma extrajurídica[125]. De todo modo, há a

---

[121] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 34.

[122] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 395.

[123] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 394.

[124] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 35.

[125] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 154.

possibilidade de criação de normas "fora da moldura" gerais ou individuais, a depender do caso concreto e do órgão aplicador do Direito (Legislativo, Executivo ou Judiciário).

Dessa maneira, a possibilidade de criação de "direito novo" é uma decorrência do sistema dinâmico e da circunstância de que o ato realizado pelo órgão aplicador não venha a ser anulado: (i) que *transite em julgado*, no caso de uma norma individual; (ii) que não sofra a declaração de invalidade no controle de constitucionalidade, no caso de uma norma geral. Hans Kelsen diagnosticou esse problema no que se denominou de "cláusula alternativa tácita"[126]. Uma norma de escalão inferior, ainda quando viole o conteúdo material de uma norma de escalão superior (*e.g.*, uma lei contrária à Constituição), permanece válida, até que eventualmente seja invalidada pela autoridade competente[127].

Isso significa objetivamente que a Constituição reconhece a possibilidade do legislador descumprir seus comandos materiais. Para alguns, isso denotaria que a Constituição autoriza o legislador a criar leis com teor diverso daquele que prescreve (o que se chamará de caminho formal)[128]. O mesmo entendimento se aplica na relação entre norma geral e decisão judicial. A norma individual, embora possa contrariar o conteúdo da norma geral, somente deixará de ter validade quando sua ilegalidade for expressamente reconhecida pelo órgão judiciário competente[129].

Desta forma, existiria uma autorização tácita para se criar uma norma com qualquer conteúdo, inclusive para além da moldura, por força da regra jurídica que prevê aquela

---

[126] CHAHUAN ZEDAN, Marcela. La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política. **Acta bioeth**, 19, 1, p. 49-57, 2013. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v19n1/art06.pdf. Acesso em 15 maio 2020, p. 53.

[127] TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 149.

[128] TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 150.

[129] TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 150.

autoridade ou órgão como fonte do direito autorizada. A afronta a uma norma superior por uma norma inferior somente apresentaria relevância se reconhecida pela autoridade competente[130].

2.3.6 Críticas à noção kelseniana de interpretação jurídica

A teoria da interpretação de Kelsen alberga elementos negativos e construtivos em relação a ciência jurídica da época[131]. De uma perspectiva negativa, Kelsen propõe o rechaço do conflito tradicional entre criação e aplicação do direito. Igualmente, adota uma opção voluntarista e não cognitiva do ato de realização do direito. A interpretação para Kelsen não é um mero ato de conhecimento, onde interpretar é descobrir o *verdadeiro sentido* de uma norma jurídica. Ademais, Kelsen assume uma perspectiva nomeadamente cética em matéria interpretativa, afirmando que os cânones tradicionais de interpretação são dispositivos para a afirmação dissimulada de posições políticas e ideológicas[132].

De outro lado, um elemento construtivo aparece no pensamento de Kelsen, qual seja: a aposta na cognição. Kelsen enfaticamente rejeita a ideia originária da jurisprudência dos conceitos, de que a lei é criada por um ato cognitivo[133]. A *vontade* cria o direito. Isso não quer dizer, porém, que a cognição não tenha um papel a desempenhar[134]. A cognição *idealmente* restringe a criação da lei, na medida que a norma jurídica é válida, conquanto circunscrita no espaço delimitado pela norma superior. Esse elemento cognitivo, de especial significado na teoria de Kelsen, mostra-se problemático em sua abordagem da interpretação jurídica, seja no

---

[130] TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 150. Sobre o tema, Moreso rejeita a interpretação atribuída à Kelsen de que o legislativo tenha o *direito* de criar normas inválidas ou os tribunais de cúpula tenham o *poder jurídico* de ditar sentenças *contra legem*, embora isso efetivamente aconteça na prática e consequências jurídicas decorram desses fatos. Desta forma, discorda da analogia que os tribunais se assemelham ao ladrão que vende coisas roubadas e que transfere a propriedade aos compradores de boa-fé, razão pela qual pareceria que detém poder jurídico para tanto (MORESO, José Juan. La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeu, 2010, p. 75-79).

[131] A ideia de dimensões *negativa* e *construtiva* na teoria da interpretação de Kelsen remete à Stanley Paulson. Vide: PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020, p. 139.

[132] PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020, p. 148.

[133] PAULSON, Stanley. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. **The University of Queensland Law Journal**, v. 27, p. 7-39, 2008. Disponível em: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2008/12.pdf. Acesso em: 28 out. 2019, p. 16.

[134] PAULSON, Stanley. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. **The University of Queensland Law Journal**, v. 27, p. 7-39, 2008. Disponível em: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2008/12.pdf. Acesso em: 28 out 2019.

que se refere à interpretação autêntica, seja quanto à interpretação não autêntica/doutrinária. Como se verá, no conflito entre cognição e vontade, a primeira perecerá em favor da segunda.

Michael Thaler critica Kelsen pelo empenho na elucidação do objeto da interpretação – a norma jurídica – e o concomitante desprezo em elaborar uma teoria de *como* a interpretação deva ser realizada[135]. É importante dizer que a recusa de Kelsen em elaborar uma teoria da interpretação guarda certa coerência com a Teoria pura do direito, que (em tese) refuta prescrições em prol de descrições. As teorias normativas da interpretação são rejeitadas em razão de uma possível contaminação política e/ou ideológica, ao passo que teorias descritivas são vistas como não científicas. Kelsen não adota uma teoria normativa da interpretação, no sentido de prescrever como deva ser realizado o ato interpretativo, qual a forma correta de interpretação[136]. Segundo Paulson, "a sua teoria pura distingue a lei, de forma precisa, das visões morais e políticas que ele acredita estarem jungidas às abordagens normativas da interpretação"[137]. Igualmente, Kelsen refuta uma abordagem descritiva, no sentido de fornecer uma descrição objetiva, sistemática e abrangente de como juízes e advogados efetivamente lidam com o problema da interpretação. Para Kelsen, por exemplo, conhecidos meios de interpretação, como "*argumentum a contrario* e analogia, [...] conduzem a resultados opostos e não há qualquer critério que permita saber quando deva ser empregado um e quando deva ser utilizado o outro"[138]. Na interpretação de Paulson, Kelsen compreende as teorias descritivas como carentes de valor científico. Ao fim e ao cabo a Teoria pura do direito rejeita ambas as teorias da interpretação: descritivas e normativas.

A teoria da interpretação kelseniana é o resultado de sua concepção de ciência (do postulado da pureza metódica), do sistema dinâmico e do conceito de norma enquanto puro dever-ser[139], ou seja, consequências das opções metodológicas assumidas por Kelsen. O postulado de pureza metódica exige a ausência de valoração. Conforme se verá, isso gerará uma série de consequências para a interpretação autêntica e não autêntica. A relação entre

---

[135] THALER, Michael. **Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung**. Vienna: 1982, p. 18 apud PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020, p. 136.

[136] Como exemplo de teoria normativa da interpretação, podemos citar os *originalistas americanos*, que prescrevem a necessária busca pela intenção dos legisladores originários, no processo de atribuição de sentido aos textos normativos.

[137] PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020, p. 139. Tradução nossa.

[138] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 392.

[139] GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 47.

interpretação e sistema dinâmico talvez seja o ponto mais desenvolvido da teoria kelseniana. O conflito cognição e vontade, diretamente ligado à atividade criadora do direito, decorrente desse sistema dinâmico, é o responsável pelas acusações de realismo e decisionismo. Finalmente, o conceito de norma impõe dúvidas sobre qual o objeto da interpretação e qual o papel dos fatos na atividade interpretativa. Nos tópicos a seguir serão elencadas as principais críticas à teoria da interpretação de Kelsen, com especial destaque para os problemas acima mencionados.

2.3.6.1 A interpretação não autêntica: implicações decorrentes dos postulados da Teoria pura do direito

2.3.6.1.1 O caráter descritivo da interpretação não autêntica: uma decorrência do encadeamento *teoria da ciência* e *ciência jurídica*

Logo no início da Teoria pura do direito Kelsen sustenta que pretende fundar uma ciência do direito desvinculada de elementos morais, sociológicos, éticos e psicológicos. Nesse desiderato, a ciência do direito deveria limitar-se a conhecer os distintos significados de uma norma jurídica, sem prescrever, sob qualquer pretexto, a adoção de qualquer um deles. Segundo Kelsen, a ciência jurídica "tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base nesse conhecimento"[140]. Na feliz conclusão de Losano: "Uma ciência do direito é pura se não é valorativa. E, se não é pura, para Kelsen não é ciência"[141]. Há, indubitavelmente, uma concepção prescritiva e não descritiva da ciência do direito e, portanto, da interpretação não autêntica/científica/doutrinária. Kelsen propõe um modelo de três níveis: (i) no primeiro estão as normas jurídicas; (ii) no segundo, a ciência do direito, que simplesmente descreve as normas jurídicas em proposições jurídicas; (iii) em terceiro, uma meta-ciência ou meta-jurisprudência, que prescreve como as normas devem ser descritas[142].

---

[140] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 81.

[141] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 165. Tradução nossa.

[142] LOSANO, Mario G. Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 165.

Podemos dizer que Kelsen termina por propor um modelo ideal de ciência jurídica e não descreve a ciência jurídica que realmente existe[143]. Na prática, os juristas não se limitam a expor os diversos significados de uma norma jurídica, sem demonstrar preferência por um ou por outro. Ao contrário, os juristas sustentam significados particulares, preenchem lacunas e resolvem antinomias. A prática cotidiana sinaliza que o papel dos juristas é propor soluções e guiar juízes e legisladores. Todavia, para Kelsen, expor preferências interpretativas significa adentrar o campo da política do direito, algo que não competiria aos juristas. O que se verifica é que Kelsen não se ocupa da ciência jurídica efetivamente praticada no cotidiano (ciência que *é*), mas prescreve como a ciência *deve ser*. Bobbio antevê uma incoerência. Segundo o autor italiano, para Kelsen ser coerente com sua concepção de ciência, deveria limitar-se a descrever o que realmente fazem os juristas[144]. Porém, Kelsen propõe certo tipo de ciência do direito que considera *melhor do que outras*. Isso gera o seguinte encadeamento: (i) a ciência do direito se funda numa meta-ciência ideológica, que parte de uma determinada concepção de mundo e, portanto, prescreve descrever; (ii) a ciência do direito adotada implica numa teoria da interpretação do direito que se limita a descrever os possíveis significados das normas jurídicas, neutralmente [145].

É curioso que Kelsen determine que o jurista apresente todos os significados possíveis, mesmo aqueles politicamente indesejáveis ou não queridos pelas partes (no caso de contratos) ou pelo legislador. No prefácio do livro "*The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamentals problems*", Kelsen afirma:

---

[143] VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación en la teoria del derecho contemporanea**. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1997. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1861&orden=0&info=link Acesso em: 30 set. 2019, p. 78-79. O modelo prescrito de "interpretação não autêntica" parece irrealista, pois ninguém elenca avaloralivamente os diversos significados de uma norma jurídica. Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressalta que a inexistência de critérios interpretativos na Teoria pura do direito "nos deixa sem armas. Sua renúncia pode ter um sentido heróico, de fidelidade à ciência, mas deixa sem fundamento a maior parte das atividades dogmáticas, as quais dizem respeito à hermenêutica. [...] para Kelsen, é possível denunciar de um ângulo filosófico (zetético), os limites da hermenêutica, mas não é possível fundar uma teoria dogmática da interpretação" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988, p. 238).

[144] BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de: MOULIN, Nilson. São Paulo: UNESP, 2008, p. 254-255. Juan Ruiz Manero entende que inexiste contradição, pois Kelsen *prescreve* no nível da *teoria da ciência jurídica* e *descreve* no nível da *ciência jurídica*. Tratar-se-ia, pois, de dois níveis diferentes de discurso. Vide: RUIZ MANERO, Juan. **Jurisdicción y normas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 33. A exposição da controvérsia Bobbio *vs*. Ruiz Manero é explorada originalmente por Isabel Vidal Lifante. Vide: VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación en la teoria del derecho contemporanea**. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1997. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1861&orden=0&info=link Acesso em: 30 set. 2019, p. 79.

[145] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 166-167.

> [...] o autor considerou necessário apresentar todas as interpretações que, consoante a sua opinião, seriam possíveis, incluindo aquelas que ele mesmo – se ele fosse competente para aplicar a Carta – teria considerado indesejáveis, e até mesmo aquelas com relação às quais se poderia presumir que não eram compatíveis com os parâmetros da Carta[146].

Será que a Teoria pura do direito se recusa mesmo a valorar? A admissão da existência de interpretações "politicamente indesejáveis" já parece uma forma de valoração e hierarquização. Kelsen parece não se dar conta de que prescrever que os juristas coloquem no mesmo plano significados desejáveis e indesejáveis já é uma eleição de valores. Kelsen termina por cair na armadilha que pretende evitar, pois o jurista, ao oferecer ao intérprete autêntico "proposições jurídicas indesejáveis", torna um juízo de valor uma comprovação científica. No pertinente questionamento de Losano: "prescrever essa cegueira como única e máxima virtude do jurista, não é quiçá uma eleição precisa de valores políticos? Isto é, precisamente daqueles valores contra os quais é mais vigoroso o protesto kelseniano?"[147].

Há um problema adicional. Se a ciência do direito possui um papel descritivo, deveria se limitar a dizer que a norma N1 pode ter o significado S1, S2 ou S3; que a norma N2 pode ter o significado S1, S2, S3, S4 ou S5; e assim sucessivamente, em relação a cada norma do ordenamento jurídico válido. O princípio metodológico fundamental sustenta que a ciência do direito não se confunde com seu objeto. O seu papel é descrever o direito e não o produzir. Dessa forma, deve se abster de formular juízos de valor e/ou classificações entre as hipóteses interpretativas. Ocorre que essa visão da ciência do direito prejudica a existência de uma dogmática jurídica. A dogmática jurídica tradicionalmente possui o papel de sintetizar normas jurídicas em proposições jurídicas. Ora, essa tarefa exige uma decisão entre os significados possíveis das normas postas em questão. A elaboração de normas latentes, isto é, de normas implícitas, passa pela fixação *do* significado da norma jurídica, com o descarte dos demais. A dogmática jurídica tampouco é capaz de solucionar antinomias aparentes, assegurando a ideia de coerência do ordenamento jurídico, senão por meio de uma interpretação decisória, isto é, pela *escolha* de um determinado significado "S" da norma N1, com o descarte dos restantes, de forma a compatibilizar a sua validade com a norma N2.

---

[146] KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations**: a critical analysis of its fundamentals problems. London: Stevens & Sons Limited, 1951, p. XVI – XVII. Tradução nossa.

[147] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 168-169. Tradução nossa.

2.3.6.1.2 O descritivismo da interpretação não autêntica entre o utópico e o irrealizável

É bastante criticada a ideia de que compete à ciência do direito expor todos os possíveis significados de uma norma jurídica. Primeiramente, a realização de tal empreendimento seria uma tarefa hercúlea, capaz de criar um rol de significados insignificantes, jamais adotados na comunidade jurídica em questão. Isso porque a ninguém interessaria saber todos os possíveis significados de uma norma ou de um conjunto de normas[148]. Segundo Viola e Zaccaria: "pensar [...] que a atividade do jurista leve abstratamente em exame todos os possíveis significados de um texto é por demais distante da realidade, porque esquece que os significados normativos são constantemente ajustados a partir de uma prática social"[149]. Nesse particular, Stanley Paulson aponta uma contradição entre a teoria e a prática de Kelsen. Embora Kelsen sustente que é tarefa do cientista do direito estabelecer todas as possíveis interpretações da norma de nível superior, ele próprio não o fez quando teve a oportunidade. Em 1950, Kelsen publicou o livro: "*The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*". Trata-se de uma extensa publicação, de aproximadamente mil páginas, cujo objetivo era realizar uma "análise jurídica e não política" das normas pertencentes à recém aprovada Carta das Nações Unidas. Na introdução do livro, Kelsen preleciona que almeja expor *todos* os significados possíveis das normas, de forma a contribuir com quem deseja compreender a Carta das Nações Unidas[150].

---

[148] VAQUERO, Álvaro Nuñez. Kelsen en la encrucijada: ciencia jurídica e interpretación del derecho. **Revista Ius et Praxis**, año 20, n. 2, p. 415-442, 2014. Disponível em: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/253/222. Acesso em: 16 maio 2020.

[149] VIOLA, F.; ZACCARIA, G. **Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto.** Roma-Bari: 1999, p. 171 apud GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 33.

[150] Segundo Kelsen: "Qualquer significado que uma disposição da Carta possa ter pode se tornar lei em um caso particular. Portanto, o autor considerou necessário apresentar todas as interpretações que, consoante a sua opinião, seriam possíveis, incluindo aquelas que ele mesmo – se ele fosse competente para aplicar a Carta – teria considerado indesejáveis, e até mesmo aquelas com relação às quais se poderia presumir que não eram compatíveis com os parâmetros da Carta" (KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations**: a critical analysis of its fundamentals problems. London: Stevens & Sons Limited, 1951, p. XVI – XVII. Tradução nossa).

Todavia, conforme comprovam Oscar Schaschter e Stanley Paulson, Kelsen não apresenta todas as interpretações possíveis[151]. Ao analisar diversos artigos da Carta, Kelsen ignora interpretações possíveis, apresentando apenas um significado ao texto normativo. Um outro episódio curioso comprova esse fato. Em 29 de agosto de 1949 Kelsen esteve no Rio de Janeiro para uma conferência na Fundação Getúlio Vargas[152]. O tema principal era: "pode-se considerar o Pacto do Atlântico um acordo regional em face dos arts. 52 e 53 da Carta das Nações Unidas?". Durante a conferência, Kelsen apresentou uma particular interpretação do art. 107 da Carta das Nações Unidas. Segundo o professor austríaco, um membro das Nações Unidas "teria o direito de, nas condições previstas pelos arts. 107 ou 53, empreender qualquer ação militar contra um Estado inimigo durante a 2ª Guerra Mundial, ação essa que pode ter a característica de uma agressão, pois os arts. 107 e 53 conferem aos membros das Nações Unidas tal direito"[153]. Segundo Kelsen, seria possível uma ação contra a Itália, por exemplo. Ocorre que Osvaldo Aranha, ex-presidente das Nações Unidas, objetou essa interpretação. Para o brasileiro, o art. 107 não pertenceria à Carta, pois seria um dispositivo transitório de segurança. Para além disso, não se aplicaria contra a Itália, país que já teria firmado um acordo de paz. Kelsen contra-argumenta que "infelizmente o texto do art. 107 não está de acordo com essa interpretação"[154]. De maneira educada, Kelsen concede que a interpretação de Aranha "é a de muitos membros de São Francisco", para posteriormente exclamar: "meus senhores, lede o texto!"[155]. Para Kelsen, sem dúvida alguma, a interpretação de Aranha estava *errada*.

---

[151] Segundo Paulson: "Em outros casos, outrossim, as interpretações oferecidas por Kelsen são insuficientes em alcance e número, consoante demonstrado por Schachter. Embora tendo reconhecido os poderes de amplo alcance e as obrigações do Conselho de Segurança das Nações Unidas, Kelsen insiste em interpretá-los estritamente, de modo contrário à prática tanto do Conselho de Segurança quanto dos governos dos Estados-membros. O artigo 24 da Carta das Nações Unidas, a disposição fundamental sobre a obrigação do Conselho de Segurança de providenciar paz e segurança, oferece um exemplo. Kelsen sustenta que é 'impossível' interpretar o artigo 24 de maneira que o Conselho de Segurança possua competências além daquelas expressamente outorgadas a este por outros artigos da Carta. O próprio Conselho de Segurança, contudo, com um único voto dissonante adota exatamente essa interpretação 'impossível' ao assumir uma função de supervisão sobre Trieste, uma competência conferida pelo tratado de paz entre os Poderes Aliados e a Itália" (PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020. Tradução nossa).

[152] Devo ao Professor Dr. Thiago Hansen a lembrança desse fato, a quem agradeço.

[153] KELSEN, Hans. Conferência do Prof. Hans Kelsen. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, 20, número especial, p. 69-78, 1997. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/59792/58121. Acesso em: 16 maio 2020, p. 73.

[154] KELSEN, Hans. Conferência do Prof. Hans Kelsen. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, 20, número especial,p. 69-78, 1997. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/59792/58121. Acesso em: 16 maio 2020, p. 76.

[155] KELSEN, Hans. Conferência do Prof. Hans Kelsen. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, 20, número especial, p. 69-78, 1997. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/59792/58121. Acesso em: 16 maio 2020, p. 76.

Segundo Paulson: "o que Kelsen introduz como um padrão não é verificado na prática – nem na práxis de juristas em geral nem na do próprio Kelsen"[156]. Em suma, ao deixar de apresentar todas as interpretações possíveis dos dispositivos da Carta das Nações Unidas, podemos dizer que Kelsen fez "política do direito" e não "ciência do direito", ao tentar influenciar as decisões interpretativas dos órgãos de aplicação.

Para além disso, resta um questionamento adicional: quais os critérios para determinar que "todas as interpretações possíveis da norma" foram efetivamente realizadas? Kelsen silencia sobre essa questão. A falta de critérios para analisar se todas as interpretações apropriadas foram efetivamente realizadas pelo intérprete permanece um mistério[157]. Como será visto, também a indeterminação no plano da "fronteira da moldura normativa" compromete a contabilização das hipóteses interpretativas contidas no interior da moldura.

2.3.6.1.3 Qualificação de condutas, previsibilidade decisória e a incerteza acerca do específico objeto da interpretação

A prescrição kelseniana sobre a função da interpretação não autêntica coloca em xeque a sua utilidade quanto à possibilidade de servir de norte para: (i) a *qualificação de condutas individuais,* e/ou; (ii) a *previsão das decisões judiciais* dos órgãos de aplicação do direito[158]. No primeiro caso, a descrição avaloralativa, a pluralidade de significações e a inexistência de um critério de direito positivo para a escolha das hipóteses interpretativas pode prejudicar a tarefa do operador prático em qualificar uma conduta como proibida, permitida ou obrigatória. Como já visto, a mera descrição avaloralativa de hipóteses interpretativas prejudica a constituição de uma dogmática jurídica. De outro lado, o simples elenco das hipóteses significativas não ajuda a prever as possíveis decisões do Poder Judiciário[159]. Não bastasse um ato de vontade poder escolher qualquer hipótese contemplada na moldura, Kelsen é claro ao dizer que os órgãos de

---

[156] PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020. Tradução nossa.

[157] PAULSON, Stanley. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. **The University of Queensland Law Journal**, v. 27, p. 7-39, 2008. Disponível em: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2008/12.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

[158] Sobre estas críticas: VAQUERO, Álvaro Núñez. Kelsen en la encrucijada: ciencia jurídica e interpretación del derecho. **Revista Ius et Praxis**, año 20, n. 2, p. 415-442, 2014. Disponível em: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/253/222. Acesso em: 16 maio 2020.

[159] Em 1918 Adolf Julius Merkl já defendia que a indeterminação e dificuldade de predição não conspurcavam a ciência do direito. Segundo o autor, "a ciência do direito como especialidade jurídica não perde relevância quando admite que não prevê o resultado da aplicação da lei em um caso concreto". Segundo Paulson, "somente muito mais tarde, contudo, Kelsen aceita a indeterminação da maneira como apresentada por Merkl" (PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020. Tradução nossa).

aplicação do direito podem produzir normas "irregulares", que não pertencem ao quadrante normativo posto pela norma superior, mas que ainda assim são válidas, em razão da cláusula alternativa tácita. Essa crítica não parece justa, especialmente na hipótese de refutação de uma teoria da segurança jurídica como previsibilidade absoluta[160].

Outro problema da teoria kelseniana diz respeito ao específico objeto da interpretação. Kelsen afirma que o papel da ciência do direito é "estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica"[161]. Porém, não especifica se a ciência do direito deve descrever apenas as *normas gerais* ou também as *normas individuais*, isto é, os significados atribuídos às normas gerais pelos órgãos de aplicação do direito, que criam Direito, especialmente o Poder Judiciário.

De um lado, a assunção dessa tarefa gera o problema de transformar a ciência do direito em mero repositório jurisprudencial, que não se encarrega diretamente das normas, mas simplesmente do uso que os intérpretes autênticos delas fazem[162]. A adoção dessa tarefa também criaria uma redundância, pois *sites* e revistas jurisprudenciais já realizam esse trabalho. Finalmente, essa interpretação parece contradizer postulados da Teoria pura do direito, especialmente a prescrição de que a ciência jurídica deve descrever normas e não fatos (a práxis jurisprudencial).

De outro lado, é possível defender que: se as "normas individuais" são espécie de norma jurídica, é papel da ciência do direito descrevê-las. Se a cláusula alternativa tácita permite a criação de "normas irregulares", e essas "normas irregulares" são válidas até que porventura sejam declaradas inválidas, tem-se que todas as normas individuais são "direto vigente" e, portanto, deverão ser objeto de estudo da ciência jurídica. Desta forma, partindo do pressuposto de que a ciência do direito deve dar conta das normas válidas, também deve descrever as normas efetivamente criadas/aplicadas pelo Poder Judiciário.

Segundo Guastini, uma interpretação autêntica que crie uma norma individual a partir da eleição de um significado "fora da moldura" (pensemos numa norma que comporte os significados S1, S2 e S3, mas não S4, incompatível com a moldura) tem a consequência de ampliar a moldura de significados possíveis. Deste modo, seria tarefa da interpretação não autêntica (doutrinária/cognitiva) reconhecer aquele novo significado como um dos significados

---

[160] Vide: Seção 6, subseção 6.1.

[161] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 395.

[162] VAQUERO, Álvaro Núñez. Kelsen en la encrucijada: ciencia jurídica e interpretación del derecho. **Revista Ius et Praxis**, año 20, n. 2, p. 415-442, 2014. Disponível em: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/253/222. Acesso em: 16 maio 2020, p. 435.

juridicamente admissíveis[163]. Assim, se as normas individuais são normas jurídicas, compete à Ciência do Direito expor o significado a elas atribuído pelos órgãos de aplicação do direito.

2.3.6.2 A interpretação autêntica: incompatibilidade com a noção kelseniana de norma jurídica?

Michel Troper entende que há uma incoerência entre a concepção de norma e a teoria da interpretação propostas na Teoria pura do direito. De um lado, Kelsen sustenta que a *norma* é o sentido de um ato de vontade[164]. De outro, afirma que a interpretação consiste em fixar o sentido das normas a serem aplicadas. Para Troper, "se interpretar é determinar o significado de algo, a norma não pode ser objeto de interpretação. A ideia que se possa determinar o significado de um significado é evidentemente absurda"[165].

O autor sustenta que Kelsen propõe, na segunda edição da Teoria pura do direito, uma teoria da interpretação realista, pois: (i) a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento, e; (ii) confere àquele que exerce a atividade interpretativa um poder específico. No que tange ao primeiro aspecto, o texto interpretado sempre terá o sentido conferido pela autoridade competente, a despeito de que seja contrário a todas as interpretações formuladas pela ciência jurídica. Acerca do segundo aspecto, a interpretação é válida qualquer que seja seu conteúdo, pois a ordem jurídica confere-lhe efeitos. A interpretação autêntica não é verdadeira ou falsa. Ao contrário, a interpretação só pode ser válida ou inválida.

Para Troper, "se o significado não preexiste à interpretação e se ele é dela apenas o produto então, contrariamente ao que pensam numerosos autores e mesmo Kelsen, o objeto da interpretação não pode ser uma norma jurídica"[166]. Se uma lei contém a fórmula é *proibido p*, e p pode designar p1, p2...pn, a lei não contém uma norma, mas possui várias normas diferentes: é proibido p1, é proibido p2...é proibido pn. É o ato de vontade que escolhe uma destas diferentes normas. Segundo Troper, "a norma assim não é dotada de significados. Ela mesma é um significado e não pode, por conseguinte, ser interpretada porque é evidentemente um

---

[163] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 61.

[164] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

[165] TROPER, Michel. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique. In: Revue Internationale de Philosophie du Droit, 1981, p. 521 apud VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación en la teoria del derecho contemporanea**. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1997. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1861&orden=0&info=link Acesso em: 30 set. 2019, p. 88.

[166] TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Revista Opinião Jurídica**, n. 8, p. 280-300, 2006.2. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2026. Acesso em: 30 set. 2019.

absurdo procurar determinar o significado de um significado"[167]. Isto posto, o autor defende que o que pode ser objeto da interpretação é o texto ou o fato, não a norma.

Kelsen parece não ter percebido a importância de diferenciar *norma* e *texto de norma* como *o* objeto da interpretação. Há indícios dessa diferenciação em algumas passagens da Teoria pura do direito. Kelsen, afirma, por exemplo, que:

> No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma individual, sem preestabelecer o seu conteúdo[168].

Kelsen parece refutar a ideia de que o significado dos textos normativos preexista à interpretação, de modo que os intérpretes teriam apenas que tomar conhecimento de sentidos primevos, já dados. Porém, em nenhum momento Kelsen é explícito na diferenciação entre norma e texto de norma, bem como nas implicações decorrentes dessa diferença. Apesar de Kelsen demolir certezas do legalismo liberal oitocentista, a diferenciação entre norma e texto de norma não remete à Teoria pura do direito. Kelsen não pode ser considerado precursor dessa tendência contemporânea.

Concordamos com Giovanni Tarello, quando aduz que é inoportuno didaticamente igualar norma e texto normativo, pois isso oculta o fato de que distintos intérpretes produzem distintas normas (até mesmo conflitantes), a partir do mesmo texto normativo, perseguindo ou não semelhantes fins[169]. Conforme se verá, essa diferenciação está no cerne das teorias atuais, sobretudo na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller.

2.3.6.2.1 O dilema do conflito entre cognição e vontade: ausência de critérios para a fixação da moldura e delimitação dos significados interpretativos admissíveis

---

[167] TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Revista Opinião Jurídica**, n. 8, p. 280-300, 2006.2. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2026. Acesso em: 30 set. 2019.

[168] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 272.

[169] TARELLO, Giovanni. Natalino, Irti, **Introduzione allo studio del diritto privato**. Torino, Giapicheli, terza edicione, 1976, 1-191. In: **Quaderni fiorentini**, 5-6, 1976-77, p. 936 e ss. Disponível em: http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/05/0936.pdf. Acesso em 18 maio 2020. Também citado por: GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 17.

Como visto, Kelsen distingue hipóteses interpretativas que estariam "dentro da moldura" de outras que estariam "fora". Todavia, Kelsen não apresenta elementos que permitam a racionalização do referido ato cognitivo. Qual o método capaz de traçar a moldura normativa? Na crítica de Müller, "os critérios do ato cognitivo, tanto no quadro da interpretação autêntica como naquele de interpretação não-autêntica são passados em silêncio; a menos que se considere o reenvio global ao procedimento lógico um ponto de apoio suficiente à verdade científica"[170]. Nas palavras de Losano: "quando se quer conhecer os elementos constitutivos da interpretação científica, é preciso abandonar a teoria geral da interpretação e entrar no âmbito da lógica aplicada ao raciocínio jurídico"[171].

Dimitri Dimoulis também critica essa lacuna da Teoria pura do direito, ao dizer que a exposição dos métodos capazes de delimitar a moldura normativa "é imprescindível já que a afirmação da existência tanto de alternativas 'dentro' da norma como de outras que não se enquadram em seu significado perde sua relevância se não for indicado o caminho para constatar essas alternativas"[172]. Ocorre que Kelsen não diz nada sobre como identificar os significados juridicamente admissíveis, isto é, aqueles que estariam "dentro da moldura". As soluções jurídicas ocorrem à margem do discurso científico[173].

A exposição dos critérios capazes de diferenciar significados contidos na moldura daqueles fora da moldura é essencial quando se verifica que Kelsen defendia o duplo grau de jurisdição e o controle de constitucionalidade. Segundo Kelsen, a Constituição não regula apenas o processo legislativo, mas também define de algum modo o conteúdo das futuras leis e atos normativos, mediante a fixação de diretivas, princípios etc.[174] Kelsen sustentava a possibilidade do controle material de constitucionalidade, ao alertar sobre a função exercida pelos direitos fundamentais na ordem constitucional: "O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na essência,

---

[170] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 29. Também em: GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 49.

[171] LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017, p. 153.

[172] DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria da decisão e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 211. Também em: GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 49.

[173] GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 44.

[174] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de: KRUG, Alexandre; BRANDÃO, Eduardo; GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 255.

outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis [inconstitucionais] venham a existir"[175]. Em teoria, isso significa que Kelsen admitia que a interpretação e a formulação de normas inferiores a partir dos ditames de normas superiores têm ou devam ter limites.

A questão do controle de constitucionalidade, particularmente o controle material de constitucionalidade, guarda ligação umbilical com a ideia de sistema dinâmico e de limites à produção de normas inferiores a partir de normas superiores. Nesse particular, há uma contradição na obra de Kelsen, no sentido de que a ciência jurídica deva ser apenas *descritiva*. A postura de Kelsen no controle de constitucionalidade é claramente *prescritiva*. Isso porque, Kelsen defende: (i) que *deve* haver um controle de constitucionalidade; (ii) que o controle de constitucionalidade *deve ser* realizado por um Tribunal Constitucional[176]. Em suma, na qualidade de cientista do direito Kelsen não descreve, mas *prescreve*.

Segundo Paulson, o elemento cognitivo, de significado fundamental na filosofia jurídica de Kelsen, mostra-se problemático em sua abordagem da interpretação jurídica. Apesar de, via de regra, os elementos cognitivos e volitivos serem complementares (a volição seria posterior ao ato cognitivo), é plenamente possível o descarte das alternativas postas pelo ato cognitivo em favor do ato de vontade. Consoante Paulson, Kelsen nunca reconheceu as consequências desastrosas que resultam de sua doutrina da cláusula alternativa tácita[177]. Para o autor americano, sua adoção leva ao colapso do sistema jurídico baseado em regras, pois as regras legais deixam de impor restrições. Paulson propõe como alternativa considerar as normas individuais que não se enquadram na moldura como "normas jurídicas inconstitucionais": válidas no sentido trivial de serem *eficazes*, mas inválidas no sentido de *pertencimento*; a validade requereria uma *associação* de concordância entre norma superior e inferior[178].

A indeterminação no plano dos limites da norma (moldura), que permitiria a contabilização de todas as interpretações possíveis, se soma ao problema da própria determinação de tais limites. Segundo Paulson: "em decorrência da indeterminação, não há possibilidade de se estabelecer o local em que a linha de demarcação será posicionada para se

---

[175] KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito.** Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 249.

[176] TROPER, Michel. Kelsen y el control de constitucionalidade. **Derechos y Libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las casas, II (4), p. 307-332, ene-jun 1995. Disponível em: http://hdl.handle.net/10016/1254 Acesso em: 1 out. 2019.

[177] PAULSON, Stanley. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. **The University of Queensland Law Journal**, v. 27, p. 7-39, 2008. Disponível em: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2008/12.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

[178] PAULSON, Stanley. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. **The University of Queensland Law Journal**, v. 27, p. 7-39, 2008. Disponível em: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2008/12.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

definir os limites da norma"[179]. Em suma: há uma indeterminação dos limites do quadrante normativo, bem como dos possíveis significados dispostos no interior desse mesmo quadrante. Kelsen não resolve o problema da cognição jurídica, mas o acentua, quando sustenta que a vontade pode superar o trabalho realizado pela cognição.

A tese kelseniana das "interpretações possíveis" deveria fornecer um padrão de análise sobre a validade jurídica das normas inferiores[180]. Todavia, Kelsen estabelece um padrão cuja utilidade é extremamente discutível, na medida em que a cláusula alternativa tácita confere validade jurídica às normas elaboradas "fora da moldura" normativa.

2.3.6.2.2 Interpretação em concreto e interpretação em abstrato: o silêncio sobre os fatos na teoria da interpretação kelseniana

Finalmente, Kelsen não promove uma distinção entre interpretação em abstrato e interpretação em concreto. Segundo Guastini, a interpretação "em abstrato" visa identificar o conteúdo de sentido expresso por – e/ou logicamente implícito em – um texto normativo sem referência a um caso concreto[181]. Trata-se de uma interpretação orientada ao texto. Exemplo: o art. 55, § 4º, CF, estabelece que cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente[182]. O que significa "vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente"? Eleição imediatamente subsequente é apenas aquela realizada na mesma legislatura? É possível a recondução para o mesmo cargo em eleição subsequente realizada em legislatura diferente? A interpretação não autêntica de Kelsen assemelha-se a uma pura interpretação em abstrato[183].

De outro lado, a interpretação "em concreto" ("orientada aos fatos"), segundo Guastini, consiste em subsumir um caso concreto ao campo de aplicação de uma norma (ou

---

[179] PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020. Tradução nossa.

[180] PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020.

[181] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 23.

[182] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[183] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 22-25.

texto de norma) previamente identificada "em abstrato"[184]. Apenas a interpretação em concreto seria capaz de promover a configuração da extensão de um conceito, isto é, o significado de predicados em sentido lógico, de termos que denotam classes[185]. A interpretação em concreto expressa um enunciado que inclui uma entidade individual (de fatos, eventos, sujeitos) dentro de uma classe (de fatos, eventos, sujeitos). Segundo Guastini, a forma padrão é: "O caso F entra (ou não entra) no campo de aplicação da norma N"[186]. O mesmo autor fornece um exemplo: a permuta de bens por dinheiro, a preço de mercado, constitui compra e venda. Porém, a venda de um bem por preço irrisório significa doação (de bem) dissimulada e a venda por preço exorbitante também configura doação (de dinheiro) dissimulada. Nesse aspecto, a venda de um bem cujo valor de mercado é R$ 1.000,00, pelos mesmos R$1.000,00 é uma compra e venda. Da mesma forma, uma venda por R$ 999,00 ou R$ 1.001,00, R$ 950,00 ou R$ 1.050,00, R$ 940,00 ou R$ 1.060,00. Se R$ 940,00 é aceitável, também deveriam ser R$ 930,00 ou R$ 1.070,00, R$ 920,00 ou R$ 1.080,00. A pergunta é: quando começa a doação dissimulada?

O problema é que a vagueza das expressões utilizadas em textos normativos não é solucionada com a interpretação em abstrato[187]. Sem a realidade, sem a facticidade, sem a inserção de elementos factuais empíricos, esses problemas não são resolvidos. A interpretação em abstrato do texto é insuficiente para resolver problemas jurídico decisórios, pois ante um conjunto de fatos concretos, não consegue definir se o referido conjunto de fatos corresponde ou não à expressão normativa. O exemplo que se verá adiante, acerca da *obscenidade,* é também característico. A interpretação em abstrato é capaz de solucionar problemas sintáticos, isto é, concernentes à conexão das palavras na estrutura da frase[188]. Contudo, parece de pouca serventia para a solução de problemas concretos, especialmente acerca da qualificação jurídica de determinados fatos e/ou atos.

Kelsen parece não perceber que não só a norma do caso individual é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a norma geral, não é

---

[184] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 23.

[185] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 25.

[186] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 39.

[187] Segundo Sgarbi: "Expressões vagas são aquelas que originam casos de fronteira. Assim, é característica do fenômeno da vagueza haver: a) uma 'aplicação definida', uma b) 'zona de não aplicação', e c) uma 'zona de dúvida' no uso do termo (continuamente referida pelos juristas como 'zona de penumbra')" (SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 32).

[188] Segundo Alf Ross: "Se nos habituamos a dizer que um texto é claro ou isento de ambiguidade, é possível que isso, manifestando-se com propriedade, se refira somente a essa interpretação sintática" (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de: BINI, Edson. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 157).

prévia, só o seu texto o é. A norma geral não existe previamente ao trabalho de concretização; é uma ficção. A interpretação em abstrato não dá conta da realidade da atividade decisória.

2.4 À GUISA DE CONCLUSÃO

Nas palavras de Larenz: "[...] a teoria pura do Direito atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são pobres. Em último termo, porém, o fato encontra a sua razão de ser numa deficiência da própria teoria"[189]. Para Olivier Jouanjan, a Teoria pura do direito naufraga em seu ponto decisivo, que trata da sua fecundidade para a concretização prática do direito[190]. Tal fato é curioso, pois logo no primeiro parágrafo da Teoria pura do direito Kelsen afirma que fornece uma teoria da interpretação. O intransigente dualismo de Kelsen parece ser o responsável por esses problemas, em especial no campo da concretização do direito. Conforme se verá, a crítica de Müller pretende questionar os resultados da "aplicação" das regras epistemológicas da Teoria pura do direito, especialmente aquelas referentes à concretização do direito. A crítica de Müller centra-se na absoluta separação entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*), como aspecto determinante para uma teoria vazia de interpretação.

2.5 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DA TEORIA DA NORMA

Uma teoria da norma jurídica pós-positivista necessariamente deve partir do pressuposto inexorável de que o direito é linguagem, isto é, o direito é texto. O direito só é possível em palavras[191]. Sem palavras, suprime-se o direito[192]. Na síntese de Robles: "retiremos as palavras do código civil: não sobra nada. Suprimamos as palavras da constituição: não sobra nada"[193]. Segundo o autor, a prova de que o direito é texto se manifesta no fato de que todo

---

[189] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direto**. Tradução de: LAMEGO, José. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 82; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 47.

[190] JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 250.

[191] Mesmo as regras do direito veiculadas em símbolos e placas (como as de trânsito), carecem, para a sua compreensão, da conversão em palavras. Na esteira de Wittgenstein, não existe mundo sem linguagem.

[192] ROBLES, Gregério. **O direito como texto**. Tradução de: ALVES, Roberto Barbosa. Barueri: Manole, 2005, p. 47.

[193] ROBLES, Gregério. **O direito como texto**. Tradução de: ALVES, Roberto Barbosa. Barueri: Manole, 2005, p. 48.

ordenamento é suscetível de ser escrito, de ser convertido em palavras. Mesmo as normas consuetudinárias, originariamente não escritas, podem vir a ser vertidas em texto[194]. Para além disso, é um fato que o direito moderno se caracteriza pela positivação do direito. O séc. XIX assistiu à formulação do direito em normas gerais e abstratas.

A ênfase no estudo da determinação do significado das palavras é algo central ao trabalho dos juristas. A linguagem é o objeto de seu trabalho. Esse empreendimento seguidamente se depara com problemas acerca do significado das palavras, as nuances semânticas que elas adquirem na dependência do contexto etc. Nesse sentido é importante abordar a recepção dos resultados das investigações realizadas pela filosofia da linguagem, pela teoria e filosofia do direito e pela hermenêutica filosófica[195]. Não mais se pode trabalhar os problemas do direito a partir de noções linguísticas gerais e imprecisas[196]. A filosofia da linguagem reconhece que a linguagem nem sempre funciona com segurança. Nas subseções seguintes são resumidas algumas das contribuições da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica, bem como suas aplicações ao estudo do direito, em especial para a compreensão de uma teoria da norma jurídica.

2.5.1 Os aportes da filosofia da linguagem

O séc. XX é notabilizado como o século da linguagem, eis que grandes filósofos como Gotlob Frege, Bertrand Russell e Ludwig Wittgenstein desenvolveram pesquisas relacionadas à linguagem, nas quais esta tornou-se objeto central de investigação[197]. Historicamente, duas espécies de filosofia da linguagem foram elaboradas sucessivamente: a filosofia da linguagem ideal (racional-categorial) e a filosofia da linguagem ordinária (intencional-metafórica)[198]. No início do séc. XX, havia a convicção de que se poderia atingir uma linguagem "unívoca", que apenas abarcaria o racionalmente experimentável e comunicável. O *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein é exemplo dessa fase. O filósofo austríaco julgava que a função

---

[194] A imprescindibilidade da linguagem para a caracterização do costume é ressaltada por Robles: "Retiremos as palavras do costume: o que resta dele? Um comportamento carente de significado, porque o que configura o costume não é o comportamento habitual de uma comunidade, mas o significado obrigatório de tal comportamento, e o significado só é possível mediante sua vinculação às palavras" (ROBLES, Gregério. **O direito como texto**. Tradução de: ALVES, Roberto Barbosa. Barueri: Manole, 2005, p. 48).

[195] HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 303.

[196] WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 9.

[197] COSTA, Claudio. **Filosofia da linguagem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 7.

[198] HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 311.

das palavras consistia em referir a alguma coisa, servir de ponto de referência de coisas reais no mundo[199]. Ocorre que esse objetivo não foi atingido. Wittgenstein, por exemplo, reconheceu a impossibilidade de uma linguagem controlada pela realidade, uma linguagem perfeita, capaz de espelhar com absoluta exatidão a estrutura ontológica do mundo, razão pela qual desenvolveu uma "filosofia da linguagem comum", a que todos falamos em circunstâncias comuns[200]. Wittgenstein concentrou-se numa nova concepção de *significado*. Começa aí a denominada reviravolta linguístico-pragmática[201].

Para o "2º Wittgenstein", não existe um mundo em si, independente da linguagem. A linguagem não é meio secundário de comunicação de nosso conhecimento do mundo. Não é possível conhecer e depois comunicar o resultado desse conhecimento. Ao contrário, só temos o mundo da linguagem[202]. Wittgenstein defende a transcendentalidade da linguagem. Só é possível conhecer o mundo pela linguagem. Nas palavras do filósofo austríaco: "os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo"[203].

Assim, o significado consiste no seu *uso ou aplicação na linguagem*[204]. A linguagem constrói a realidade social[205]. Para Wittgenstein, as palavras "só adquirem significado no fluxo da vida; o signo, considerado separadamente de suas aplicações, parece morto, sendo no uso que ele ganha seu sopro vital"[206]. Wittgenstein enfatiza a prática da linguagem. As palavras têm diferentes usos em diferentes situações. É necessário, portanto, examinar o significado-em-uso das palavras. Morrison explica a inter-relação entre palavra e atividade, ao dizer que "as

---

[199] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos aos pós-modernos. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 429.

[200] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015, p. 121.

[201] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015.

[202] Conforme exemplifica Wittgenstein, no parágrafo 384 de Investigações Filosóficas: "Você aprendeu o conceito 'dor' com a linguagem" (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de: MONTAGNOLI, Marcos G. 9. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 160).

[203] WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução de: SANTOS, Luiz Henrique Lopes dos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017, p. 229.

[204] Segundo Wittgenstein: "O significado de uma palavra é seu uso na linguagem" (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de: MONTAGNOLI, Marcos G. 9. ed. Petrólopolis: Editora Vozes, 2014, p. 38). Em outra passagem: "Todo signo, *sozinho*, parece morto. O *que* lhe confere vida? – Ele está vivo no uso. Ele tem em si o hálito da vida? – Ou é o *uso* o seu hálito?" (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de: MONTAGNOLI, Marcos G. 9. ed. Petrólopolis: Editora Vozes, 2014, p. 173).

[205] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos aos pós-modernos. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 429.

[206] COSTA, Claudio. **Filosofia da linguagem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 38. A mesma passagem, com diferente tradução, em: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de: MONTAGNOLI, Marcos G. 9. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 173. A conclusão de Wittgenstein será posteriormente apreendida por Friedrich Müller, que defenderá que a norma jurídica surge apenas no caso concreto. O texto de norma seria apenas um sinal linguístico. Fazendo uma analogia, o texto de norma estaria "morto", o que impossibilitaria sua mera aplicação silogística.

palavras não têm um significado independente separado da atividade, e a combinação de atividade e linguagem é por ele [Wittgenstein] chamado de 'jogo de linguístico'"[207].

A expressão "jogo de linguagem" é fundamental na obra de Wittgenstein. O autor não a define, mas a demonstra por uma série de exemplos. Segundo Moreno, a expressão jogo de linguagem:

> [...] procura salientar, com a palavra jogo, a importância da *práxis* da linguagem, isto é, procura colocar em evidência, a título de elemento *constitutivo*, a multiplicidade de atividades nas quais se insere a linguagem; concomitantemente, essa expressão salienta o elemento essencialmente dinâmico da linguagem – por oposição, como vemos, à fixidez da forma lógica[208]

Desta forma, as palavras têm significado no contexto em que utilizadas. O contexto é a situação a que a mensagem se refere. O problema da significação não pode ser resolvido sem consideração aos diversos *contextos de uso* das palavras[209]. Como exemplifica Robles, se queremos saber o que acontece na Bolsa de Valores, precisamos entender a linguagem em que se expressam os agentes financeiros[210]. Um observador que nada sabe sobre a prática, sobre o contexto, dificilmente é capaz de entender as palavras, as frases. Basta pensar num agente da bolsa de valores pronunciando as palavras "*road show*", "*hedge*" ou "*swap*".

Para além disso, as palavras, o texto, estão ancorados em práticas de linguagem historicamente construídas. Como nos diz Wittgenstein, "compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica"[211]. No caso das práticas, é preciso aprender as regras da prática para entender o seu significado. A expressão jogos de linguagem diz respeito a práticas e modos de vida. Wittgenstein se vale da

---

[207] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos aos pós-modernos. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 429.

[208] MORENO, Arley R. **Wittgenstein**: os labirintos da linguagem: ensaio introdutório. São Paulo: Editora Moderna; Campinas: Editora da Universidade de Campinas, 2000, p. 55. Também citado por: MAIA, Alexandre Campaneli Aguiar. **Kelsen e a filosofia da linguagem de Wittgenstein**: um estudo comparado do Tractatus logico-philosophicus e das Investigações filosóficas sobre a Teoria pura do direito. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 78. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MaiaAC_1.pdf. Acesso em 11 jun. 2020.

[209] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015, p. 139. Alf Ross fornece exemplo interessante: "se uma regra constitucional estabelece que cada Câmara designará *quinze membros* para formar uma comissão, fica claro que isso significa quinze membros da Câmara pertinente e não, por exemplo, quinze membros de um clube desportivo. Isso é tão óbvio que temos que fazer um esforço para perceber que seria possível tomar a regra num sentido distinto desse óbvio" (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de: BINI, Edson. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 175).

[210] ROBLES, Gregório. **O direito como texto**. Tradução de: ALVES, Roberto Barbosa. Barueri: Manole, 2005, p. 49-50.

[211] WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de: MONTAGNOLI, Marcos G. 9. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 113.

analogia com jogos comuns para efeitos explicativos. Para ficarmos em um esporte apreciado por milhões de brasileiros, pode-se dizer que, para jogar futebol, é imprescindível a adesão a um conjunto de regras públicas. Se cada jogador decidir inventar as suas próprias regras, o jogo se torna inviável[212]. Os jogos de linguagem envolvem, portanto, práticas com regras. As regras precisam ser compartilhadas entre os participantes do mesmo jogo de linguagem. Em verdade, as regras constituem a prática ou a instituição. Há aqui uma relação circular, pois as regras ajudam a constituir a sociedade, mas a sociedade cria as regras. O que importa é que as autoridades não podem mudar as regras repentinamente, pois as regras públicas das práticas sociais permitem que as práticas continuem a existir[213]. Desse modo, não é possível arbitrariamente significar algo com uma palavra, sem que jamais a referida palavra tenha sido utilizada dessa forma[214]. Como nos diz Oliveira, "as expressões linguísticas têm sentido porque há hábitos determinados de manejar com elas, que são intersubjetivamente válidos"[215].

Conforme se verá, a teoria da norma jurídica proposta por Friedrich Müller dialoga proximamente com a filosofia da linguagem, na medida em que rompe com a ideia de uma interpretação cognitivista e essencialista, que acredita em um significado inerente ao texto e na linguagem como representação de objetos. Para Müller, o texto deve ser compreendido como "concatenação de atos linguísticos inseridos numa situação, em um "jogo linguístico" com precisas conotações sociais e dentro de precisas funções comunicativas"[216]. Müller sustenta que os avanços da filosofia da linguagem requerem paralelamente uma nova teoria da norma. O texto normativo não constitui a norma, que deve ser analisada no contexto social e comunicativo[217]. A tarefa do operador do direito é criar a norma jurídica, que carece de sentido previamente ao trabalho de concretização. Não existe *lex ante casum*. Esse conjunto de proposições coloca em primeiro plano o papel criativo do intérprete e a necessidade de

---

[212] Na lição de Oliveira: "No jogo o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele juntamente com outros indivíduos estabeleceu" (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015, p. 143).

[213] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos aos pós-modernos. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 431.

[214] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015, p. 135.

[215] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015, p. 141.

[216] MÜLLER, Friedrich. Problemas de linguística do direito. Tradução de: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 11, n. 20, p. 258-263, jan-jul, 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/Mueller.pdf. Acesso em: 13 maio 2020, p. 259.

[217] MÜLLER, Friedrich. Problemas de linguística do direito. Tradução de: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 11, n. 20, p. 258-263, jan-jul, 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/Mueller.pdf. Acesso em: 13 maio 2020, p. 258.

atribuição de sentido aos textos normativos. Nas próximas seções veremos que existem limites a esse processo de construção da norma jurídica: metódicos, semânticos, pragmáticos. No campo do Direito, não é possível a atribuição de sentidos que não são compartilhados pela comunidade jurídica. O uso da linguem consolida conteúdos normativos que não podem ser desprezados[218]. Não se pode dizer qualquer coisa dos textos normativos porque o contexto e seus sentidos pré-fixados não permitem[219]. Exemplo disso é o conceito jurídico de "trânsito em julgado" (decisão judicial irrecorrível). Esse conceito possui sentidos historicamente pré-fixados pela dogmática jurídica. Há aqui uma inter-relação com o que Lenio Luiz Streck chama de constrangimentos epistemológicos e João Maurício Adeodato denomina de constrangimentos dogmáticos[220]. Streck deliberadamente traça um paralelo entre linguagem e direito, ao dizer que o sujeito, no cotidiano, sofre um conjunto de constrangimentos decorrentes da linguagem pública construída na intersubjetividade, que o impedem de estabelecer sentidos arbitrários. Igualmente, no plano do discurso jurídico, afirma que "'não podemos trocar o nome das coisas' e tampouco agir como nominalistas"[221]. A importância dos constrangimentos epistemológicos é ainda mais premente em relação aos órgãos do Judiciário que possuem a "última palavra". Nesses casos, Streck defende que compete à doutrina elaborar constrangimentos epistemológicos, que equivalem a "censuras significativas", de modo a constranger decisões judiciais fundamentadas a partir de argumentos solipsistas/voluntaristas. Nota-se em Streck uma clara preocupação em evitar um realismo jurídico. Nas palavras do autor: "O direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja, e, portanto, não é aquilo que o tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que ele é"[222].

Por todo o exposto, a filosofia da linguagem tem claras repercussões para o Direito e para a teoria da norma de Friedrich Müller. Ambas recorrem ao método indutivo e desmascaram paradigmas tradicionais. A teoria da norma de Müller, fundada na reviravolta linguístico-

---

[218] ÁVILA, Humberto. Apresentação. In: ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 22.

[219] "Pré-fixados" não em um sentido ontológico (MARRAFON, Marco Aurélio. **Jogos de linguagem estabelecem limites ao intérprete do direito**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-29/constituicao-poder-jogos-linguagem-estabelecem-limites-interprete-direito. Acesso em: 25 jul. 2019).

[220] Adeotado propõe a necessidade de constrangimentos dogmáticos. Inspirado em Viehweg e Ottmar Ballweg, propõe quatro constrangimentos dogmáticos. O segundo deles diz respeito à obrigatoriedade de interpretar as regras positivadas. O autor parte da distinção entre significante e significado e entre texto e norma. Trata-se, portanto, de construir a norma jurídica "por trás" de sua expressão linguística (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 309-315; ADEODATO, João Maurício. Retórica Analítica como metódica jurídica. **Argumenta – UEP**, Jacarezinho, n. 18, 2013. p. 11-29).

[221] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 42.

[222] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 43.

pragmática: (i) deixa assentado que o sentido das regras mostra-se no contexto de sua aplicação em casos específicos; (ii) repele discursos que buscam uma "verdade real" ou um "verdadeiro sentido da norma jurídica", baseados numa semântica realista[223]; (iii) rompe com teorias que prescrevem a interpretação do direito mediante a utilização de métodos avalorativos e neutros, concentrados sobretudo na interpretação do texto, como se a norma tivesse um "significado" abstraído e abstraível da composição tipográfica[224]. Para além disso, sua leitura conjunta com os aportes da filosofia da linguagem contribui para uma desejada *accountability* por parte do Poder Judiciário, eis que permite certo controle dos significados a serem atribuídos ao texto normativo[225].

Há, porém, quem relativize parcialmente a importância da filosofia da linguagem para a teoria do direito, acentuando: (i) que as descobertas da filosofia da linguagem já eram conhecidas na atividade prática dos juristas; (ii) a necessária autonomia da teoria do direito na busca de soluções para os problemas dogmáticos e decisórios. Friedrich Müller, *e.g.*, afirma que não deseja "aplicar" Wittgenstein à metódica jurídica. Para Müller, a filosofia da linguagem evidencia que palavras e expressões legais não possuem um "sentido em si", um "conteúdo", um "significado" que deveria ser extraído pela metódica jurídica por via da interpretação, conforme os critérios das ciências humanas[226]. Para o autor, o importante é reconhecer que as observações da filosofia da linguagem podem enriquecer as funções, estruturas e modos de trabalho dos operadores do direito[227]. A metódica do direito, porém, atua com autonomia. De modo semelhante, Brian Bix entende que uma boa compreensão da filosofia da linguagem é importante para compreender e refutar teóricos do direito que propõe, por exemplo, teses acerca de uma radical indeterminação do direito, fundamentadas numa leitura errônea dos trabalhos

---

[223] MARRAFON, Marco Aurélio. **Jogos de linguagem estabelecem limites ao intérprete do direito**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-29/constituicao-poder-jogos-linguagem-estabelecem-limites-interprete-direito. Acesso em: 25 jul. 2019.

[224] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 55.

[225] MARRAFON, Marco Aurélio. **Jogos de linguagem estabelecem limites ao intérprete do direito**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-29/constituicao-poder-jogos-linguagem-estabelecem-limites-interprete-direito. Acesso em: 25 jul. 2019.

[226] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direto. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 219-220.

[227] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direto. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 219-220.

de Wittgenstein[228]. Na seção 6, subseção 6.2, veremos como uma teoria cética radical se diferencia da teoria estruturante do direito.

2.5.2 As contribuições da hermenêutica filosófica

O livro "Verdade e Método" (1960), de Hans George-Gadamer (1990-2002), contribuiu imensamente para a teoria hermenêutica moderna[229]. Desde então, é inegável que a obra de Gadamer impactou direta ou indiretamente diversos trabalhos sobre interpretação jurídica[230]. Dessa forma, é necessário perquirir, sinteticamente, de que forma as observações de Gadamer podem ser traduzidas em mandamentos úteis ao trabalho de concretização da norma jurídica. Adiante-se, desde já, que a hermenêutica filosófica de Gadamer aproxima-se da teoria de Müller, ao defender a ideia de que a interpretação é sempre produção de sentido e não meramente uma reprodução[231].

---

[228] Ainda assim, Bix questiona a fecundidade das descobertas de outras ciências para a teoria do direito. Segundo o autor, "os teóricos do direito aprenderam uma velha verdade da filosofia: que as teorias filosóficas raramente nos oferecem novas respostas aos nossos problemas mais prementes e nem sempre nos dizem algo que já não sabíamos (em certo sentido)". De todo modo, sustenta que a filosofia da linguagem pode servir para oferecer explicações e dar sentido à algo que nem sempre podemos articular com claridade (BIX, Brian H.. **Obligación y significado**: derecho, lenguaje y normatividad. Tradução de: NAVARRO, Pablo. 1. ed. Ciudad de México: Editorial Fontamara, 2015, p. 17-18. Tradução nossa; BIX, Brian H.. **Lenguaje, teoría y derecho**. Tradução de: NAVARRO, Pablo. 1. ed. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2008, p. 114-115).

[229] Segundo Grodin, é apenas com Gadamer que o termo *hermenêutica* começou a se impor ao grande público. O autor cita que em 1960 Gadamer enviou ao editor a obra "As grandes linhas de uma hermenêutica filosófica". Contrariado com o título, que entendia enigmático e pouco vendável, o editor sugeriu a alteração, por algo mais atrativo. A obra então ganhou o título de "Verdade e Método". Após a intensa repercussão do trabalho, o editor insistiu para que o termo *hermenêutica* constasse expressamente no título de uma coletânea de artigos lançada por Gadamer lançaria em 1967 (GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 61-62). De outro lado, Streck concede maior protagonismo à Heidegger, no que tange ao termo hermenêutica: "a partir da primeira metade do séc. XX, principalmente através de M. Heidegger, o termo hermenêutica se transforma e adquire uma conotação que nunca havia sido pensada antes em toda a história da filosofia. Frente a este novo uso, ao menos três questões da doutrina clássica foram postas em questão: 1) seu uso restrito à interpretação de textos; 2) a prioridade da interpretação sobre a compreensão; 3) a estrutura metodológica como garantia de certeza e objetividade do processo interpretativo" (STRECK, Lenio Luiz. La expansión de la hermenéutica filosófica em el derecho. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, p. 217-233, 2012. Tradução nossa).

[230] Influências maiores ou menores em: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000; HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de: HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Fundamentação ética e hermenêutica:** alternativas para o direito. Florianópolis: Ed. Cesusc, 2002. Sobre a relação entre Dworkin e Gadamer: COELHO, Andre Luiz Souza. Dworkin e Gadamer: qual conexão? **Revista Peri**, n. 6, v. 1, p. 19-43, 2014. Disponível em: http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/905. Acesso em: 18 maio 2020.

[231] BEZERRA, Halison Rêgo. **A pré-compreensão do juiz e sua influência no julgamento**: estudo sob o enfoque da hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 134.

A hermenêutica filosófica de Gadamer tem como objeto a questão das condições de possibilidade da compreensão. A hermenêutica gadameriana não possui um caráter prescritivo, no sentido de estabelecer um conjunto de regras e/ou métodos para interpretar e compreender textos. Enquanto a hermenêutica clássica defende o primado do método para a interpretação de textos, a hermenêutica filosófica tenciona reunir os problemas da compreensão e da interpretação sob um novo tratamento paradigmático[232]. A hermenêutica deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica. Gadamer adota uma perspectiva teórica, preocupado em descrever como ocorre o processo de compreensão e interpretação. Há, assim, o questionamento do modelo do positivismo científico calcado no conhecimento metódico independente do intérprete, especialmente o modelo de Dilthey, baseado na distância do sujeito em relação ao objeto[233].

Dentre os aspectos principais que norteiam a teoria de Gadamer sobre como é possível a compreensão, figuram com destaque: (i) a ação dos pré-juízos[234]; (ii) a tradição, e; (iii) o círculo hermenêutico. Como se verá, Gadamer procura reabilitar os conceitos de pré-juízos e tradição, desvalorizados pelas ciências humanas durante o Iluminismo, que bradava que só poderia ser reconhecido como verdadeiro aquilo que fosse fundado na razão. O Iluminismo desvalorizava todo conhecimento edificado na tradição e na autoridade. De forma sutil, Gadamer irá problematizar a possibilidade dos pré-juízos herdados da tradição possuírem legitimidade[235].

Segundo Gadamer, a compreensão do texto se encontra largamente assentada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão[236]. A compreensão se dá num movimento entre a tradição e o intérprete. Só é possível a compreensão quando o sujeito parte para a interpretação de um texto já com uma certa pré-compreensão. Gadamer sustenta que é importante reconhecer que toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e

---

[232] ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: Ed. Cesusc, 2002, p. 233.

[233] GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 63-64.

[234] A depender da tradução, são utilizadas as expressões "pré-juízos" ou "preconceitos". A tradução do livro de Grodin utiliza o termo pré-juizo, ao passo que a obra Verdade e Método I, em português, se vale da palavra preconceito. Vide: GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012; GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

[235] GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 63-69.

[236] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 388.

condicionada de muitas formas[237]. O autor promove a reabilitação radical do conceito de pré-juízos, ao dizer que existem pré-juízos legítimos[238]. Assim, o termo não significa inexoravelmente falso juízo, já que pode ser valorizado positiva ou negativamente[239]. O sujeito pertence à história e os seus pré-juízos constituem a realidade histórica de seu ser[240]. Para compreendermos utilizamos sempre nossos esquemas conceituais[241].

De braços dados com a ideia de pré-juízos, Gadamer procura enfatizar a historicidade de toda compreensão. Para tanto, lança mão do conceito de tradição. Para o autor, a tradição condiciona o processo de compreensão, eis que determina amplamente nossas instituições e comportamentos[242]. Estamos sempre submetidos à uma tradição, eis que o homem não é um sujeito a-histórico. A tradição não é objetivável, mas determina imperceptivelmente o entendimento[243]. É importante ressaltar que a tradição é caracterizada por sua dimensão linguística. A tradição significa que algo nos é transmitido. Essa transmissão se dá pela linguagem[244]. Assim, nossa historicidade é condição de possibilidade da compreensão. Como sustenta Oliveira, "onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível"[245]. Há uma mediação entre tradição e intérprete, pois compreendemos a partir de nossos pré-conceitos, que foram gestados na história e agora são "condições transcendentais" de nossa compreensão[246]. O sujeito não é dono dos sentidos, que exsurgem sempre no horizonte da tradição de um todo de sentido, na qual estamos inseridos[247]. Na lição de Marcos Diniz, "o

---

[237] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 367.

[238] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 368.

[239] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 360. Para Grodin, "é o recuo no tempo, a distância temporal, que permite fazer a triagem entre os bons e os maus pré-juízos" (GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 70).

[240] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 367-368.

[241] SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 383.

[242] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 372.

[243] GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 63-69.

[244] Nas palavras de Grodin: "[...] o mundo que eu entendo é sempre um mundo orientado para a linguagem. O mundo só se apresenta a mim 'em linguagem'. Sempre" (GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 77).

[245] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015, p. 228.

[246] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015, p. 227-228.

[247] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015, p. 227.

compreender é histórico porque históricos são a existência do homem e o mundo que o circunda"[248].

Desta forma, aquele que almeja compreender um texto sempre realiza uma projeção. Ao surgir um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia o sentido do todo. Esse sentido se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado[249]. A compreensão do que está posto no texto consiste na firme manutenção desse projeto prévio, que segue sob constante revisão, conforme se avança na penetração do sentido[250]. Segundo Gadamer: "a antecipação de sentido que visa o todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo"[251].

Jean Grodin explica que o que mais impressionou Gadamer acerca da obra de Heidegger foi a nova compreensão do círculo hermenêutico, não mais compreendido segundo o ideal objetivista de tábula rasa[252]. Gadamer nos diz que a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. Quando se realiza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve, antes alcança sua realização mais autêntica[253]. Não existe interpretação que não seja guiada por um entendimento, por certas antecipações constitutivas[254]. Conforme sustenta Ulrich Schroth, "o círculo hermenêutico é entendido como uma interpenetração entre aquilo que é carreado para o texto pela tradição e aquilo que é trazido pelo intérprete"[255]. O círculo hermenêutico representa assim o momento ontológico da compreensão, onde há um enlace dos movimentos da tradição (história), do intérprete (fusão de horizontes) e da pré-compreensão[256].

---

[248] DINIZ, Marcos Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 218.
[249] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 356.
[250] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 356.
[251] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 385.
[252] GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 62.
[253] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 388.
[254] GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 62.
[255] SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 383.
[256] DINIZ, Marcos Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 221.

O círculo hermenêutico descreve a compreensão como um jogo no qual ocorre uma troca entre a tradição e o intérprete. A antecipação de sentido, que guia o movimento da compreensão, não é um ato da subjetividade, pois é determinada a partir da comunhão entre intérprete e a tradição. Essa relação de comunhão é um processo contínuo[257].

Gadamer vale-se do caráter paradigmático da hermenêutica jurídica para sustentar a unidade da compreensão, da interpretação e da aplicação. A revolução consiste na defesa de que essas etapas estão unificadas. Isso porque, a hermenêutica tradicional distinguia a compreensão, a interpretação e a aplicação como etapas distintas e progressivas do processo hermenêutico. Posteriormente, a hermenêutica tradicional reconheceu a unidade da compreensão e da interpretação, remanescendo apenas a aplicação como etapa distinta e posterior do processo hermenêutico[258].

Gadamer refuta a ideia de que a interpretação é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Ao revés, sustenta que compreender é sempre interpretar. E, mais do que isso, na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido[259]. Partindo do pressuposto de que a tarefa do jurista consiste em *concretizar* a lei em cada caso, Gadamer conclui que compreender é sempre aplicar. Compete ao jurista tomar o sentido da lei em virtude de um determinado caso dado[260].

Um bom exemplo da interação entre Gadamer e uma teoria pós-positivista da norma jurídica é nos dado a seguir por Arruda Jr. Em sua aguda descrição podemos perceber de um lado: (i) a pré-compreensão do intérprete; (ii) a pertença a uma tradição; (iii) a ação do círculo hermenêutico; de outro: (i) a não identidade entre norma e texto de norma, e; (ii) o caráter prático-normativo do direito.

Segundo Arruda Jr., nenhum intérprete aproxima-se atônito diante de uma norma [diríamos, em linguagem mülleriana, um *texto de norma*], nada sabendo sobre o seu significado, para, logo após a aplicação de um método, deparar-se com a revelação de sentido[261]. Ante todo e qualquer texto todos nos encontramos numa determinada expectativa de sentido imediato.

---

[257] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 388.
[258] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 406.
[259] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 406-407.
[260] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 428.
[261] ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: Ed. Cesusc, 2002, p. 238.

Toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, uma relação prévia com o tema indicado pelo texto[262].

Prossegue Arruda Jr.:

> Qualquer intérprete já se aproxima de uma norma a partir da pré-compreensão de seu contexto problemático, tratando sempre de sucessivamente reformular essa sua apreensão preliminar a fim de se decidir por um dado sentido. Esse processo de sucessivas reformulações da pré-compreensão envolve a comensuração entre caso e norma, desde a qual fica inviabilizada a hipótese de qualquer efeito de tábula rasa sobre o intérprete[263].

A hermenêutica filosófica produz reflexos na compreensão do direito e, em especial, para a teoria da norma jurídica. As descobertas da hermenêutica filosófica serão apreendidas pela teoria estruturante do direito, que defenderá: (i) a não identidade entre norma e texto de norma; (ii) a inexistência de neutralidade; (iii) a interpretação como um processo criativo e não meramente cognitivo.

A hermenêutica filosófica ajuda a desvelar o equívoco da compreensão da norma como algo pronto e acabado. Se o texto deve ser compreendido a cada instante, a cada situação concreta, o mesmo ocorre com o *texto de norma*. Não existe *lex ante casum*. Não existe norma jurídica antes do trabalho de concretização. Para além disso, a historicidade é algo inerente ao ato de concretização.

Um exemplo real demonstra a historicidade da compreensão. No dia 17 de agosto de 2003, por volta de 2h da manhã, no interior do Teatro Municipal do Rio de janeiro, o diretor de teatro Gerald Thomas Sievers simulou um ato de masturbação e exibiu as nádegas ao público, após o término da peça teatral Tristão e Isolda, em reação às vaias que recebia. Em razão disso, foi instaurado inquérito policial por *ato obsceno*, tipificado no art. 233, do Código Penal: "Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa"[264]. A questão é: a norma já está pronta para ser subsumida? O que significa ato obsceno? Qual sentido pode ser atribuído à essa expressão? Aliomar Baleeiro,

---

[262] GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 438. No mesmo sentido Lenio Streck: "Quem compreende não tem uma mente em branco, como uma tábula rasa, e sim, já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem sempre uma pré-compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser" (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 202).

[263] ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: Ed. Cesusc, 2002, p. 238.

[264] BRASIL. **Código Penal, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 18.06.2020.

citado no acórdão que decidiu pelo trancamento da ação penal[265], já dizia em 1968 (!) que o conceito de obsceno, imoral e contrário aos bons costumes é sempre condicionado ao local e à época dos fatos. De fato, em outras épocas o biquíni e a minissaia, *e.g.*, já foram considerados indecentes. Os tornozelos povoavam o sonho de homens no final do século XIX. Paralelamente, o local também é importante para a atribuição de sentido. Uma mulher com os seios à mostra é algo normal em muitos países da África enquanto a mesma conduta é considerada obscena em outras partes do mundo. No caso em apreço, estava-se diante de um público adulto, instruído, as duas horas da manhã, na capital do Estado do Rio de Janeiro, num teatro (ambiente cuja nudez deixou de ser tabu há quase 50 anos). Na seção 5, subseção 5.6, ver-se-á outro caso igualmente paradigmático. A compreensão de um caso envolvendo tráfico de drogas forçosamente passa pela compreensão histórica da classificação biológica desenvolvida pela ciência.

No paradigma pós-positivista müllerianо, reconhece-se que a historicidade é intrínseca à atividade de concretização[266]. O intérprete deve saber que a interpretação de um texto é sempre uma aplicação ao presente. Existem, pois, dois mundos, aquele em que o texto [ou o texto de norma] foi escrito e aquele outro em que se situa o intérprete[267]. O entendimento é que "a" norma jurídica não está pronta nem substancialmente concluída, posto que o intérprete passa a concorrer para a sua formulação[268]. O texto de um preceito normativo é apenas a parte descoberta do *iceberg* normativo[269]. A norma jurídica não se identifica com o texto de norma, porém é resultado de um trabalho de "construção" a partir do material bruto dos textos. Existe um abismo entre o texto legal e as circunstâncias reais dadas pelo caso concreto que é insuperável[270]. A partir de Gadamer, a ideia de uma dogmática jurídica perfeita e acabada, que pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação. Isso porque, simplesmente, a norma jurídica não está pronta. O texto de norma somente se

---

[265] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.996/RJ**, Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 17/08/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 26-08-2005 PP-00065 EMENT VOL-02202-02 PP-00329 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 365-383 RTJ VOL-00194-03 PP-00927. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741321/habeas-corpus-hc-83996-rj?ref=serp. Acesso em: 20 dez. 2019.

[266] NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**, v. 53, jan./mar. 2013, p. 4.

[267] SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 384.

[268] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

[269] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

[270] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 86. No prelo.

complementa no ato de concretização. A concretização da norma pelo intérprete vai pressupor sempre uma pré-compreensão desta.

A hermenêutica filosófica deixa claro que a compreensão sempre é resultado de um processo criativo. Nas palavras de Streck, "o ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá"[271]. No momento em que entende e, portanto, aplica, o intérprete sempre insere algo de seu, compreendido o "seu" como o de sua época, de sua linguagem e de seus questionamentos[272]. O exemplo acima citado sobre "ato obsceno" é paradigmático[273]. É, portanto, inviável a reprodução de sentido da norma, tal como propõe a hermenêutica clássica do Direito.

Ocorre, porém, que "compreender como se compreende" não é suficiente para a justificação racional das decisões, não é suficiente para a práxis jurídica. Müller ressalta que a hermenêutica filosófica insiste no contexto de vida daquele que busca atualizar o sentido linguístico, o intérprete do texto[274]. Todavia, a atividade decisória carece de diretrizes não formuladas pela hermenêutica filosófica. A teoria e a metódica estruturantes terão o escopo de objetivar e estruturar o processo decisório, especialmente pela consideração e ordenação da facticidade que é co-constitutiva da norma jurídica. Nas palavras de Müller: "a necessária consideração de dados reais já para questões do significado de dados linguísticos transforma os elementos reais referidos pelo texto normativo e pelos outros dados linguísticos em fatores diretos de decisão e, pelo filtro do programa normativo, também em elementos normativos"[275].

---

[271] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 83.

[272] GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 74.

[273] A historicidade da interpretação é novamente ressaltada por Nery Júnior e Abboud: "a interpretação de um texto, seja ele qual for, não pode desconsiderar a modificação e a alteração oriunda das questões históricas. Daí não se poder mais falar em interpretação jurídica destinada a revelar suposta vontade da lei ou do legislador. A interpretação consiste em atividade concretizadora que se influencia, diretamente, pela realidade e pelos momentos históricos" (NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**, v. 53, jan./mar. 2013, p. 5).

[274] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 34. No prelo.

[275] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 88. No prelo.

3 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO: POR UMA NOVA TEORIA DA NORMA JURÍDICA

3.1 A TEORIA DA NORMA JURÍDICA A PARTIR DA SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE SER E DEVER-SER: A FACTICIDADE COMO INTEGRANTE DA NORMA JURÍDICA

A teoria da norma jurídica de Friedrich Müller, adotada como base do presente trabalho, está ancorada em dois princípios cardeais: (i) a norma jurídica não se identifica ao texto de norma; (ii) na ideia de que as normas jurídicas não são um puro dever-ser. Müller sugere a norma jurídica como noção composta de ser e dever-ser, de dados linguísticos e dados reais (secundariamente linguísticos). A norma jurídica estrutura-se na junção do programa da norma (*Normprogramm*) com o âmbito da norma (*Normbereich*). Os aspectos estruturais da norma jurídica, bem como outros elementos igualmente importantes, serão elucidados posteriormente.

Para Müller, um novo paradigma do direito deve partir de um *novo conceito de norma*; essa superação seria capaz de definir uma transformação epocal na ciência jurídica e na metodologia jurídica[276]. Como se verá, a teoria estruturante do direito estabelece um embate com a tradicional concepção de norma jurídica. O positivismo confunde a norma jurídica com o texto de norma positivado na Constituição, no Código legal. Müller refuta os pressupostos epistemológico de Kelsen – assentes na neokantiana separação entre ser e dever-ser –, para em seguida objetar a sua teoria da norma jurídica (bem como a sua teoria da "interpretação e aplicação do direito"). Apesar de Kelsen ser o alvo preferencial, a teoria estruturante do direito também mira opositores de Kelsen, como Carl Schmitt[277]. Nos dizeres de João Maurício Adeodato:

---

[276] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 9.

[277] Müller considera positivistas mesmo autores que criticam o positivismo, como Schmitt, Smend, Heller, Neumann, a escola smendiana, a escola do direito livre, o sociologismo ou a hermenêutica. Isso porque, entende que permanecem compartilhando a ilusão de que os textos de lei sejam normas (prontas). Os elementos decisivos para a conceituação do positivismo são: (i) a identificação da norma jurídica com o texto promulgado e positivado; (ii) a noção de norma jurídica como puro dever-ser. Não se ignora, por óbvio, que existem distintos critérios para a caracterização do positivismo. Sobre o tema, *e.g.*, BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de: PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006; MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 50.

> Müller pretende superar as posições tradicionais: do positivismo normativista, na linha de Kelsen, para quem o texto normativo fixa os limites (a "moldura") da decisão e o jurista atua criativamente nas lacunas em que falha a concepção silogística, mantendo porém a visão exegética segundo a qual a norma é previamente dada; e do decisionismo, na linha de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação real com os textos normativos, no que concerne aos problemas da validade e sentido desses mesmos textos, nem quanto ao problema de justificação da decisão[278].

O problema que Kelsen objetivava responder era: como a ciência jurídica pode ser uma ciência autônoma, uma ciência puramente jurídica[279]? Müller entende que a adoção dessa premissa como problema terminou por acarretar na compreensão da norma jurídica sem nenhum nexo material com dados históricos, políticos e sociais. Esses dados, embora não obscurecidos, são tratados como desprovidos de interesse para a ciência jurídica[280]. Autores como Carl Schmitt também não parecem preocupados com a norma jurídica. A pergunta tipo formulada por partidários do decisionismo é: "como se resolve situações históricas excepcionais, nas quais se decide sobre a perspectiva histórica de forças antagônicas, sobre o tipo de existência política de um povo, sobre ser e não-ser de acordo com o esquema 'amigo e inimigo'"?[281]. Em Schmitt a norma surge da decisão e não a decisão da norma, isto é; a decisão não necessariamente pode ser imputada à um texto normativo válido[282]. A teoria de Schmitt é criticada por seu descompasso com o estado democrático de direito, pois "os conteúdos da norma são devorados pela decisão"[283]. Para Müller, a norma de decisão não pode surgir "a partir do nada", mas carece de ser associada argumentativamente a um texto de norma válido e vigente; mais do que isso, de acordo com regras aceitáveis cientificamente e pelo Estado de Direito[284].

---

[278] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 237; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 54.

[279] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 210.

[280] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 210.

[281] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 211.

[282] Müller afirma que Schmitt promove o "deslocamento da decisão não somente dos argumentos da sua fundamentação, mas também do teor da prescrição jurídica subjacente" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 31).

[283] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

[284] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 61. No prelo.

A teoria estruturante do direito entende que a diferença entre ser e dever-ser, proposta por Kelsen, é muito limitada e abstrata, sobretudo quando o objeto é a jurisprudência[285]. A diferenciação proposta por Kelsen serve bem aos propósitos da delimitação do objeto da ciência jurídica. Todavia, na crítica de Müller, Kelsen faz ciência às expensas da *peculiaridade da norma jurídica*[286]. Diferentemente do jurista austríaco, Müller está mais preocupado com a concretização prática da norma jurídica, com a práxis do direito. Müller preconiza a renúncia ao questionamento "como a ciência jurídica pode ser uma ciência autônoma, uma ciência puramente normativa?"[287], pois tal pergunta não conseguiria responder em maiores detalhes sobre o papel da ciência jurídica e da sua metódica na realidade social. Ao contrário, Müller procura sobretudo desvendar a estrutura da norma e da normatividade jurídica tal e como ela se apresenta na práxis do direito. Para solucionar este problema, Müller propõe as seguintes indagações: (i) "o que ocorre *efetivamente*, quando se pode afirmar de um determinado ordenamento jurídico, que ele funciona?"[288]; (ii) "que fazem os juristas 'realmente' quando dizem 'interpretar', 'aplicar' a 'norma', isto é, [...] os textos de normas?"[289]. A partir daí, a ciência do direito tem como objetivo analisar a particularidade das normas jurídicas e questionar de que forma atuam os elementos da realidade social nas diferentes etapas da concretização do Direito[290].

É importante dizer, desde já, que Müller admite a diferenciação lógica entre ser e dever-ser. Esses elementos não são vistos como idênticos ou indistinguíveis. Porém, a teoria estruturante do direito recusa a distinção dissociativa e a sua transferência para a jurisprudência, isto é, para a atividade decisória[291]. Nas palavras do autor: "um enunciado sobre ser não inclui necessariamente um enunciado sobre dever-ser. Mas este inclui necessariamente aquele na

---

[285] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 135. No prelo.

[286] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito** Tradução de: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 9.

[287] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 210.

[288] MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de direito constitucional I. Tradução de: NAUMANN, Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 14; MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 201).

[289] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 51.

[290] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 12.

[291] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, p. 137. No prelo.

medida em que, ao ter de presumir um ou vários enunciados sobre o ser, não quer ser ilógico como enunciado de um dever-ser"[292].

Müller não refuta a correção e o aspecto "tranquilizador" da assertiva kelseniana de que o fato de algo ser, não permite concluir que algo deva ser. A diferenciação kelseniana parece resolver o problema do objeto da ciência do direito. Explica-se: para Kelsen, a ciência do direito deve lidar com normas jurídicas (dever-ser). Estas não se confundem com fatos observáveis (ser). Assim, num exemplo prosaico, o fato de homens retirarem o chapéu ao encontrarem mulheres, não quer dizer que efetivamente exista uma norma prescritiva com o conteúdo "você deve retirar o chapéu ao cumprimentar uma dama". Em síntese, a ciência do direito não deveria se preocupar com normas sociais, mas apenas com normas postas pelo Estado. Kelsen estava mais preocupado em fundar uma ciência do direito, do que com o direito efetivamente (algo expressamente admitido[293]). Não é à toa que utilizou uma premissa externa e filosófica sobre o mundo do direito, e não um conceito nascido da observação da atividade de concretização do direito. Kelsen adota uma posição extrajurídica como base (neokantismo), para aplicar essa posição extrajurídica aos problemas do direito[294].

Ocorre que a diferenciação entre ser e dever-ser não é suficiente para resolver os problemas da operação jurídica em toda sua dimensão. A diferenciação não é capaz de resolver problemas da concretização prática, como a interpretação do capítulo oitavo da Teoria pura do direito deixa claro. Nas palavras de Müller: "De onde veio a norma permanece obscuro, aparentemente veio 'do' dever-ser. Ela só escapa da falta de relação com 'o' ser pela possibilidade de comparação da norma isolada com o 'comportamento' isolado, e essa apenas sob o aspecto se esse corresponde aquela ou não"[295].

Müller busca integrar *na* teoria da norma o que Kelsen considerava inconciliável: ser e dever-ser. A relação entre norma e realidade é vista como algo analisável e estruturável. Numa perspectiva dinâmica, a formulação da norma impreterivelmente abarcará o ser, a *facticidade*, tudo sob o fio condutor da teoria estruturante do direito e da metódica estruturante do direito. Essa relação será detalhada de forma prática em mais de uma oportunidade. Reitere-se: Müller não renega a diferença lógica entre ser e dever-ser. Esse dualismo não é suprimido

---

[292] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung. p. 137. No prelo.

[293] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

[294] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 56.

[295] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 137. No prelo.

definitivamente. Ao contrário, a teoria estruturante do direito sustenta que no processo dinâmico de concretização do direito, não seria lógico se compreender ser e dever-se como categorias opostas e comparáveis entre si, apenas de forma abstrata[296]. Para Müller: "a afirmação filosófica de que ser e dever-ser seriam sempre não derivados um em relação ao outro, está em um nível diferente daquilo que se destaca nos processos de concretização voltados para a norma"[297]. No processo de concretização, a norma jurídica é desenvolvida e impulsionada pelas circunstâncias reais, a partir do programa da norma e do âmbito normativo. Assim, nos processos reais de concretização a diferença entre ser e dever-ser se dissolve. Segundo Müller, fora dos processos de concretização "o ser e o dever-ser como conceitos abstratos devem permanecer intactos para todos aqueles que, em seus contextos argumentativos, acreditam poder trabalhar com isso"[298]. No plano da realização prática do direito, no plano da criação dinâmica da norma jurídica, o que realmente ocorre é muito mais complexo e elaborado do que a ideia de uma simples "conclusão" a partir de uma dedução lógica[299].

3.2 NORMA E TEXTO NORMATIVO

---

[296] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 138. No prelo. Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Georges Abboud: "a partir da metódica estruturante é possível esquadrinhar a norma a partir de nova perspectiva, mediante a qual passa a inexistir a cisão entre o estudo do direito e a própria realidade" (NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**, v. 53, jan./mar. 2013, p. 4).

[297] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 138-139. No prelo.

[298] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 141. No prelo.

[299] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6

A diferença entre norma e texto normativo é algo assente na doutrina[300]. A ciência do direito parece já ter recepcionado a ideia de que se deve diferenciar *norma* e *texto normativo*. Ocorre que esse clichê não é usualmente desenvolvido. Não se avança para além da constatação básica. O reconhecimento de que a norma não está pronta não é complementado com uma proposta racional de concretização. A questão metódica: "como formular a norma jurídica?" é obscurecida. Um exemplo: a diferença entre norma e texto de norma pode ser *inferida* da obra de Hans Kelsen, ainda que o mesmo não utilize essa terminologia. A afirmação de que a "norma" a aplicar comporta diversas possibilidades de "aplicação" permite essa conclusão. Ocorre que Kelsen não desenvolve metodologicamente a passagem do texto para a norma[301]. Müller propõe um modelo bicomponencial de norma jurídica e sua correspondente metódica, que parecem atender a necessidade de sistematização da passagem do texto para a norma.

Para Müller, norma e texto normativo não são idênticos, apesar de evidentemente manterem relação entre si. O texto normativo é considerado o "conteúdo da disposição"[302]. Trata-se de uma forma preliminar. No sentido da linguística são "formulários de texto"; sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Charles Sanders Pierce, são expressões com "significância", mas sem "significado"[303]. Uma norma jurídica não se esgota em sua expressão linguística. Inúmeros fatores integram a norma jurídica, para além da prescrição imperativa existente no texto. A prática cotidiana denuncia isso, quando se observa uma série de decisões cujos argumentos não decorrem exclusivamente do texto legal. A teoria do direito costuma reificar a normatividade jurídica, atribuindo ao teor literal do texto normativo virtudes maiores

---

[300] A distinção teórica entre *norma* e *texto da norma* nem sempre vem acompanhada de preocupações metódicas consistentes, no sentido da racionalização do processo de criação da norma jurídica (e da norma de decisão). É de se observar que diversos autores subscrevem a distinção entre *norma* e *texto da norma*, sem, contudo, adotar a metódica estruturante. Sobre a distinção entre *norma* e *texto da norma* na bibliografia científica brasileira ver: BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347. Uma adequada explicação sobre a diferença entre texto e norma em: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 279-285. Ver também: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84-86. Autores do realismo genovês adotam a distinção entre "disposição" e "norma", analogamente ao que defende Müller. Sobre: GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de: BRINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-26; CHIASSONI, Pierluigi. Disposición y norma: una distinción revolucionaria. In: POZZOLO, Susanna. **Disposición vs. Norma** (Spanish Edition). Lima: Palestra Editores, 2018, posição 20 (Edição Kindle).

[301] Eventual alegação de que esse não era o objetivo da "teoria pura do direito" não invalida a constatação.

[302] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 57.

[303] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

do que este realmente pode oferecer[304]. Apesar da evidente centralidade do texto normativo, este não pode ser caracterizado como "norma jurídica". O texto só pode *indicar* um dado conteúdo.

De acordo com o ideal de separação dos poderes dos sistemas constitucionais contemporâneos[305], o que o legislador fornece são apenas disposições textuais, isto é, textos normativos. Para Müller, os atos típicos do legislativo são decisões políticas formalizadas como textos normativos[306]. Conforme se verá em seção própria, a estrutura da norma é refletida na separação dos poderes. A teoria estruturante do direito parece sugerir uma espécie de efeito dominó; (i) a compreensão bicomponencial da norma jurídica produz consequências para a (ii) separação dos poderes e (iii) para o exercício de funções por parte dos agentes do Estado. O Poder Legislativo estaria adstrito ao estabelecimento de textos normativos, não normas jurídicas. O texto normativo, porém, é apenas a ponta do *iceberg*. A norma jurídica e a norma de decisão[307] precisam do processo de concretização para emergirem. Nesse desiderato atuam os agentes do Estado (em especial os membros do Poder Judiciário), que possuem um trabalho de concretização a realizar. A diferença entre norma e texto de norma é percebida por meio de um exercício simples: se uma norma fosse idêntica ao seu texto, não precisaria antes ser interpretada. O que se interpreta é o texto normativo, não se interpreta "a" norma. O aparente abandono da ideia do *in claris cessat interpretativo* coloca uma pá de cal na discussão[308]. A

---

[304] FERRAZ, Sérgio Valladão. **Hermenêutica constitucional**: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais. 1. ed. Joinville: Bildung, 2015, p. 71.

[305] O sistema constitucional brasileiro, fundado na CRFB/1988, é exemplo disso.

[306] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 67.

[307] O conceito de "norma de decisão" será detalhado posteriormente.

[308] A ideia do *in claris cessat interpretatio*, ou seja, de que leis "suficientemente claras" dispensam reflexões interpretativas, só é possível mediante: (i) uma pré-compreensão da tradição, da dogmática jurídica, do ordenamento jurídico e do caso concreto; (ii) a antecipação interpretativa do possível sentido da norma. De ver, portanto, que o brocardo é absolutamente inconsistente. No mais, admite-se que há casos em que a operação de concretização é facilitada e há uma quase identidade entre texto de norma, norma jurídica e norma de decisão. Trata-se dos casos de textos normativos técnicos quase subsumíveis, como prazos, prescrições de remissão, definições legais etc. Isso será demonstrado posteriormente. Vide: MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 67. No prelo; MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 62.

norma jurídica não é criada pelo Poder Legislativo, mas é resultado da atividade de todos os titulares de funções que trabalham na concretização da Constituição[309].

O texto normativo é apenas um "dado de entrada" (*input*) que, ao ser interpretado, carece da consideração de outras informações, em especial as relativas ao contexto fático do caso concreto. O texto normativo é estático, ao passo que a norma jurídica é dinâmica. O texto normativo é pré-determinado e existe fora do processo de concretização, ao passo que a norma jurídica é relativamente indeterminada e exsurge apenas ao final do processo de concretização. A norma jurídica não "existe" fora do processo de concretização que lhe diz respeito. Segundo Muller: "A norma jurídica é compreendida de forma dinâmica na medida em que não é um dado inicial pré-determinado para o processo de concretização, mas um resultado intermediário desenvolvido somente no seu decorrer"[310]. O texto normativo pode ser válido ou inválido, enquanto a norma jurídica pode ser "legal" ou "ilegal". Essa dualidade "legal ou ilegal" será esclarecida oportunamente (item 3.3). Conforme sustenta Adeodato, o texto de norma, no começo do trabalho com textos jurídicos, não tem ainda significado normativo, mas apenas validade[311].

QUADRO 1 – DIFERENÇAS ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA

TEXTO NORMATIVO	**NORMA JURÍDICA**
Estático.	Dinâmica.
Pré-determinado.	Relativamente indeterminada.
Válido ou inválido.	Legal ou ilegal.

FONTE: Autor.

Müller não refuta os postulados de validade do positivismo jurídico. Pelo contrário, aduz que o "positivismo de vigência do direito" se impôs sobretudo a partir do século XIX como um surto, e continua a ser a atitude básica predominante entre os juristas[312]. Para Adeodato, "a metódica estruturante mantém o conceito positivista de validade, ainda que do

---

[309] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 51. Nas palavras de Müller: "Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão reguladora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54).

[310] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 54. No prelo.

[311] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 250.

[312] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

texto e não da norma jurídica, entendendo-o como acordo com as regras do sistema jurídico quanto a conteúdo, competência, rito de elaboração"[313].

A diferença entre norma e texto de norma gera uma série de consequências. A primeira delas é considerar o âmbito normativo (*Normbereich*) como parte integrante da norma jurídica[314]. A segunda consequência é a renúncia à ideia de subsunção como dedução lógico-formal a partir de um texto. Por fim, uma terceira implicação é a rejeição à compreensão de "aplicação" como simples decifração de textos[315]. Para a tomada de decisão são importantes e igualmente decisivos os *dados reais*, que comporão o âmbito normativo. Se não há identidade entre norma e texto de norma: (i) o juiz necessariamente é um criador de normas, e não um mero justificador de decisões; (ii) é fundamental discutir o *processo* de criação da norma jurídica.

3.3 NORMATIVIDADE

A normatividade não é uma característica estática da norma ou do texto normativo. O programa normativo e o âmbito normativo devem atuar conjuntamente a fim de sua obtenção. A normatividade propõe "um procedimento objetivamente complexo e cientificamente estruturável, por natureza, de processamento real e de aplicação decisiva para cada caso das normas jurídicas"[316]. A normatividade "consiste na geração da norma jurídica e em sua individualização consecutiva em uma norma de decisão"[317]. Importante ressaltar que a normatividade não se esgota na formulação da norma de decisão, posto que tanto receptores privados quanto estatais da norma de decisão precisam atuar, segui-la e concretizá-la[318]. A normatividade é resultado do efetivo funcionamento, do efetivo reconhecimento e da atualidade específica do ordenamento constitucional em causa[319]. Müller parece apontar para o fato de que

---

[313] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 250.

[314] O presente trabalho traduz a expressão *Normbereich* como "âmbito normativo" e/ou "âmbito da norma". As duas expressões serão utilizadas, eis que igualmente utilizadas nas obras traduzidas de Müller para o português.

[315] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 21. No prelo.

[316] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 17. No prelo.

[317] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 56. No prelo.

[318] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 140. No prelo.

[319] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

o conceito de normatividade também abarca o conceito de *eficácia*. A eficácia de uma norma depende de sua observância pela sociedade. Pensemos nas proposições: "o mandato do Presidente da República é de quatro anos" ou "o mandato do Presidente da República é de cinco anos". O fato da primeira proposição estar positivada no art. 82 da Constituição Federal vigente não significa, *per se*, a existência de uma norma jurídica válida. Para que o art. 82 tenha normatividade, é necessário um *continuum* de dados linguísticos e dados reais, isto é, um funcionamento real das instituições, algo que o texto normativo autonomamente não é capaz de garantir[320].

Partindo do pressuposto inexorável de que a norma jurídica não é composta apenas de *dados linguísticos*, mas também de *dados reais*, a normatividade não pode ser uma decorrência exclusiva dos textos de normas. De início, o texto normativo possui apenas "validade", isto é, um efeito de obrigatoriedade sobre: (i) os cidadãos (que se orientarão sobre ele, de forma a evitar a sanção); (ii) os intérpretes/decisores (que deverão utilizá-lo como dado inicial do processo de concretização)[321].

Normativo é tudo aquilo que define o caso a ser decidido (desde que orientado pela estrutura da norma), que indica a sua solução, que possa ser corretamente apresentado como argumento a favor de uma decisão jurídica[322]. Dentro desse contexto, se destacam dois tipos de argumentos: (i) fatores do que tradicionalmente é designado como "norma", isto é, a prescrição imperativa formulada no texto normativo; (ii) fatores da chamada, genericamente, realidade[323].

Müller esclarece que "os dois grupos de pontos de vista têm sistematicamente o mesmo valor, na prática concreta, para a decisão dos casos orientados pela norma, e são de fato constantemente dependentes entre si"[324]. Dentre os fatores normativos que contribuem para a decisão, mas que não se confundem com o texto normativo, estão fatores institucionais: instâncias, competências, procedimentos, vinculação às normas, dever de fundamentação etc.

---

[320] Exemplo idêntico (com base na Constituição alemã) é fornecido por Müller: MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 62. No prelo.

[321] Thomas Coendet critica a ideia de que o texto de norma não possua normatividade. Para o autor, é contraditório que o texto obrigue advogados e juízes, mas não tenha normatividade. Para o autor: "a validade do texto de norma carrega muito bem caráter normativo: vem com a obrigação de se basear nele". Coendet pergunta: "porque ela [a normatividade] deveria aparecer apenas 'nos resultados' e não já no efeito obrigatório sobre os participantes da prática jurídica e sobre os profissionais jurídico decisórios?" (COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo. Tradução nossa).

[322] Diferentemente do que expõe Alexy, não se considera normativamente relevante argumentos que possam ser usados *contra* uma decisão jurídica. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: SILVA, Virgilio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81.

[323] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 49. No prelo.

[324] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 49. No prelo.

Igualmente, estão presentes fatores dogmáticos, que constrangem a decisão em determinada medida. Todos esses fatores contribuem para a solução do caso e ultrapassam o texto normativo propriamente dito. Isso é observável ao nos debruçarmos sobre as decisões proferidas pelos Tribunais, que se servem de outras fontes que não a legislação, isto é, de precedentes, dos costumes, do direito comparado, de livros e estudos jurídico-dogmáticos quer dizer, da "ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao e transcendem o teor literal da norma"[325].

A normatividade não se confunde com o conceito de validade (existência do texto de norma), tampouco com uma "força normativa sociologística do fático"[326]. Não se trata, nesse segundo aspecto, em avalizar a conhecida tese (lassalliana) de que o poder da força é superior à força das normas jurídicas positivas, que a normatividade submete-se à realidade fática[327]. O conceito de normatividade está pautado na estrutura da norma e na ideia, comprovável empiricamente, de existência de um ordenamento jurídico materialmente determinado. Müller propõe um conceito de caráter circular, em que a realidade influencia a formulação da norma, mas a norma também é capaz de influenciar e alterar a realidade: "'Normatividade' é a característica dinâmica da norma jurídica concebida de forma a influenciar a realidade a ela associada (normatividade concreta) sendo, durante esse processo, também influenciada e estruturada por esse corte da realidade (normatividade determinada pelos fatos)"[328]. Há, assim, uma relação de circularidade entre norma e caso, norma e realidade[329].

Esse conceito de normatividade gera determinadas consequências para a ciência jurídica e para a metódica jurídica, que serão posteriormente analisadas. De todo modo, pode-se dizer que a compreensão de normatividade está jungida à exigência de que a norma de decisão possa ser validamente imputada a um texto de norma geral, segundo critérios

---

[325] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 55. No prelo; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 64.

[326] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 50. No prelo.

[327] Como na obra de Lassalle, em que os fatores reais de poder compõem a Constituição real, ao passo que Constituição jurídica é apenas um pedaço de papel, limitada pelos referidos fatores reais de poder (LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de: GAMA, Ricardo Rodrigues. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2007).

[328] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 50. No prelo.

[329] J.J. Gomes Canotilho também enfatiza a normatividade concreta e normatividade materialmente determinada. Segundo o Prof. português: "As normas constitucionais, como quaisquer normas jurídicas, procuram *regular* a vida e são por esta *constituídas*". Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1118; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 64. Oportunamente será apresentado um exemplo prático acerca da liberdade de comunicação social. O referido caso demonstra como a realidade influência a formulação da norma jurídica.

reconhecidos pela ciência jurídica. O descumprimento desse requisito acarretaria decisões "ilegais".

Müller fala em decisões (normas jurídicas) "legais" e "ilegais", não como declarações reais, mas como constatações de fato. Diferentemente de Kelsen, Müller defende a existência de "decisões ilegais", que receberiam essa chancela por meio de "julgamentos sociais formalizados e sancionáveis na forma especial de apreciações legais, as quais devem ser regulares"[330]. Müller atribui à ciência jurídica um papel crítico. Compete à ciência jurídica a análise das decisões, o debate, o controle e a crítica. Uma ciência que honre o seu mister deve evitar a aceitação incondicional e imediata de decisões judiciais, simplesmente porque foram proferidas por autoridades.

Finalmente, a compreensão da normatividade como "processo de criação da norma jurídica" não significa normatividade isolada, que surge e se esvai em cada processo de concretização. De um lado, a temporalidade é inerente à normatividade, pois exsurge apenas no processo de concretização. De outro, como em uma ordem jurídica "OJ" já houve a concretização do texto de norma "N", a normatividade atribuída à disposição "N" não é apenas um processo isolado a cada vez. Nas palavras de Müller, "já estão à disposição do operador do direito inúmeras normas de decisão para a norma jurídica considerada por ele relevante, como auxílio complementar à concretização"[331]. Essas normas foram desenvolvidas em casos anteriores, a partir de determinados textos de norma. Compete à dogmática jurídica a elaboração de um inventário de todas as *normas de decisão* de casos jurídicos anteriores, relativamente a um determinado texto de norma, de forma a auxiliar os juristas na tarefa de concretização prática do direito.

3.4 TRABALHO JURÍDICO

A teoria estruturante considera a atividade decisória um problema prático-normativo. Os "textos de normas não são promulgados para ser 'compreendidos', mas para ser utilizados, trabalhados por juristas encarregados para tal fim"[332]. Müller introduz a expressão "trabalho jurídico" (*Rechtsarbeit*) como termo técnico. O "trabalho jurídico" será realizado por

---

[330] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 51. No prelo.

[331] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 52. No prelo.

[332] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 158.

operadores do direito. Compete aos operadores do direito a formulação da norma de decisão, cuja referência é uma norma jurídica geral (cujo antecedente é o texto de norma). O trabalho jurídico é um trabalho de concretização, que inclui a interpretação de textos normativos e a análise de âmbitos normativos[333]. Como já visto, a realidade do trabalho jurídico cotidiano não se reduz à compreensão do texto e a sua sistemática interpretação[334]. Os elementos factuais considerados relevantes pelo programa da norma deverão ser incorporados à norma jurídica.

O fim do trabalho jurídico é a produção de normas associadas ao caso. O texto normativo, trabalhado e resignificado como programa da norma, servirá como limite, de forma que possam ser suficientemente evidentes e controláveis os elementos e as principais fases dos subprocessos de concretização normativa, até a determinação da norma de decisão[335]. Todos esses aspectos serão elucidados de forma pormenorizada a seguir. Frise-se que essa função limitadora é de suma importância no contexto do direito brasileiro. Conforme advertem Vera Karam Chueiri e Egon Bockmann Moreira, vivemos o desafio contemporâneo de agentes públicos e privados que desafiam o texto legal em nome de supostas "boas finalidades". Nas palavras dos autores, "saber e encarar os limites constitucionais aos nossos melhores impulsos é [...] um dos mais importantes, ainda que menos apreciados, aspectos do constitucionalismo"[336].

3.5 ESTRUTURA DA NORMA

O termo estrutura da norma designa o nexo entre os componentes da norma jurídica, quais sejam: o programa da norma (*normprogramm*) e o âmbito na norma (*normbereich*). Apesar da norma jurídica não estar pronta, parte-se do pressuposto de que sua estrutura pode ser teoricamente desenvolvida; que é algo relativamente estável e cientificamente determinável[337]. Os componentes da norma jurídica acima nominados serão desenvolvidos a

---

[333] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 36. No prelo.

[334] MÜLLER, Friedrich. Problemas de linguística do direito. Tradução de: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 11, n. 20, p. 258-263, jan-jul., 2019. Disponível em: http://www.abdconst.com.br/revista-20. Acesso em: 13 maio 2020, p. 262.

[335] MANCEBO, Luis-Quintín Villacorta. Às voltas com a Metódica Estruturante do Direito de Friedrich Müller. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, v. 22, 2015, p. 103.

[336] CHUEIRI, Vera Karam; MOREIRA, Egon Bockmann. **A Constituição e seus momentos difíceis**: quando precisamos aplicá-la contra ideias boas. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-constituicao-e-seus-momentos-dificeis-quando-precisamos-aplica-la-contra-ideias-boas-23032019. Acesso em: 4 fev. 2020.

[337] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 40. No prelo.

seguir. Importa, por ora, ressaltar a obrigatória e imprescindível relação entre dados reais e dados linguísticos, entre "direito" e realidade. Conforme se verá, o que ordena e o que é ordenado estão relacionados. Na prática de concretização do direito dados reais e dados linguísticos se complementam fatalmente.

A incorreção da identificação da norma com o texto normativo se mostra, na prática, nos atos jurídicos diários[338]. A peculiaridade da *arte* nos fornece um exemplo vigoroso. O art. 5º, inciso IX, CF, determina que: "*é livre a expressão da atividade* intelectual, *artística*, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"[339]. O inciso IX elege a *arte* e a *atividade artística* como um dos seus objetos. A tradição tende a separar a prescrição vinculante de seus objetos reais. Na opinião da tradição, a prescrição é puro dever-ser e como tal não se mistura com o ser, com a realidade. Entretanto, parece evidente que o conceito de arte não é independente da realidade. O conteúdo da norma é também obrigatoriamente *constituído* pelo conteúdo do que é regrado. A partir desse exemplo, Müller demonstra como a "norma" remete à algo mais complexo, composto da junção de elementos de ser e dever-ser; a "norma" está para além da frase codificada, da "letra da lei"[340]. O objeto *honra* nos dá outro testemunho. O art. 5º, inciso X, CF, aduz que é inviolável o direito à *honra*, assegurada indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A honra é um conceito variável no tempo e no espaço. O conceito de honra dos povos romanos é distinto do conceito de honra da sociedade burguesa contemporânea. É necessário trabalhar com dados da realidade para a concretização da norma. Assim, num caso envolvendo a inscrição indevida em órgãos de restrição de crédito, o "âmbito normativo" do referido texto normativo deverá ser investigado. Nessa análise, com a ajuda de numerosos materiais dogmáticos, precedentes judiciais, análise histórica e sociológica, poderá exsurgir a noção de "honra burguesa", que contempla a ideia da *reputação pessoal de bom pagador*. O bom nome, o conceito social, a reputação, o prestígio, a confiança dos credores, tudo isso integra o conceito de honra (objetiva) e constitui patrimônio do cidadão.

Direito e realidade não se opõem, são elementos apenas relativamente autônomos e concomitantemente eficazes. A sua interação não se dá de maneira subsequente, pois é desde o

---

[338] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 14. No prelo.

[339] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020. Grifo nosso.

[340] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 132-133.

início inevitável[341]. Nas palavras de Müller, "as circunstâncias reais reguladas pelo direito já influenciam, com suas características, história e politicamente o estilo e a forma de ação de cada norma"[342]. Todavia, o conceito imperante de norma jurídica continua "desqualificando os conteúdos reais do direito como extrajurídico e o trabalho com eles como injurídico"[343]. Isso é particularmente verdadeiro, como já foi visto, na Teoria pura do direito. Não é à toa que a teoria estruturante do direito significa uma despedida em relação à Teoria pura do direito. Entretanto, uma despedida rendendo homenagens, reconhecendo a sua importância. Onde Kelsen parou, Müller seguiu adiante.

A teoria estruturante da norma jurídica e a metódica estruturante do direito agregam excertos da realidade como componentes da norma jurídica, tornam a realidade social um componente integrante da concretização jurídica[344]. Müller adverte, porém, que "'a' realidade não pode surgir de forma holística como um todo desestruturado"[345]. A metódica estruturante prescreve a necessidade de verificar e estruturar *que* dados podem ser incorporados (e quais não podem) na norma jurídica. A metódica estruturante distingue, diferencia e define as funções do texto normativo, do programa normativo, do âmbito normativo, dos dados linguísticos e dos dados reais. Em suma, torna-os aptos para o trabalho jurídico. Isso será demonstrado quando da exposição do programa da norma e do âmbito normativo.

É importante destacar que programa normativo e âmbito normativo não são "uma coisa" concretamente dada. Inexiste "o" programa normativo e "o" âmbito normativo. Rejeita-

---

[341] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 15. No prelo.

[342] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 15. No prelo.

[343] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 111. No prelo.

[344] Segundo Müller, "o modelo da estrutura da norma, na verdade, deve inaugurar o caminho no qual a ciência jurídica possa se tornar mais cooperativa em relação a outras ciências sociais do que o foi até então" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 112. No prelo).

[345] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 117. No prelo.

se, portanto, uma reificação das partes integrantes da norma jurídica. Programa normativo e âmbito normativo devem ser compreendidos como noções, como hipóteses de trabalho[346].

3.5.1 Programa normativo (*Normprogramm*)

Müller propõe um modelo bicomponencial da norma jurídica, formado pelo programa normativo e pelo âmbito normativo. O texto de norma serve como objeto para a formulação do programa normativo. Esse é resultado da interpretação dos elementos primariamente linguísticos de interpretação[347].

De ver, portanto, que a teoria estruturante do direito se insere no contexto de um Direito positivo de cunho estatal. Müller expressamente reconhece que a teoria estruturante do direito e a metódica estruturante foram concebidas no contexto do estado democrático de direito, para sistemas com um *statute law*[348]. Parte-se do pressuposto que o teor literal da disposição não regulamenta o caso concreto, senão o órgão legislativo, o funcionário da burocracia estatal, o órgão do Poder Judiciário, que elabora, publica e fundamenta a decisão do caso concreto. São eles que fazem a "implementação fática", sob o fio condutor da formulação linguística e de outros meios auxiliares de concretização[349].

---

[346] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 18-19. No prelo. Nas palavras de Müller: "[...] a asserção: 'uma norma jurídica é composta pela junção do programa normativo com o âmbito normativo', não deve ser compreendida como afirmação ontologizante sobre 'a' norma jurídica, mas sim, por um lado, como sugestão estruturante no sentido de uma hipótese de trabalho e, por outro, como demanda prática de trabalho e, assim, concomitantemente como instrumento para o autocontrole e o de terceiros durante a atuação dos juristas. 'Programa normativo' e 'âmbito normativo' são expressões estruturais que devem indicar, de forma verificável, certas diferenças durante o processo de concretização" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 24. No prelo). Na lição de Ferraz, programa normativo e âmbito normativo "são noções operacionais, instrumentos de trabalho, que analiticamente representam o fenômeno normativo real enquanto processo progressivo de concretização" (FERRAZ, Sérgio Valladão. **Hermenêutica constitucional**: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais. 1. ed. Joinville: Bildung, 2015, p. 83).

[347] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 17. No prelo.

[348] Müller deixa claro que a teoria estruturante do direito não é panaceia para a solução do problema "*ordenamento jurídico válido e injusto*", nos termos do conflito proposto por Norberto Bobbio, por exemplo. Segundo o autor: "[...] quando o direito positivo em vigor não é emancipatório, não é suficientemente justo socialmente, a TED [teoria estruturante do direito] não vai falsear as diretivas democraticamente criadas, mesmo se elas deixam a desejar melhores regramentos. A TED se vê obrigada não apenas pela democracia, mas igualmente pelo Estado de Direito. Incumbe ao povo fazer mudar democraticamente as maiorias representativas e, assim, pela ação de novas maiorias, os textos de norma em vigor" (MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 105-106).

[349] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

Uma das etapas do processo de concretização consiste na formulação do programa normativo. O programa normativo requer a análise do texto normativo (dado linguístico). Essa análise será empreendida com a ajuda de todos os recursos interpretativos admissíveis num estado democrático de direito. Exercem papel significativo os cânones tradicionais de interpretação (gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico), que ajudam a precisar as possíveis variantes de sentido no espaço delimitado pelo texto[350]. São igualmente utilizáveis os princípios de interpretação especificamente constitucional, os elementos dogmáticos, os elementos de técnica de solução, os elementos de teoria e os elementos de política constitucional[351]. Podem compor o programa da norma enunciados da jurisprudência pertinente, comentários e monografias, anais de discussões legislativas etc. Ou seja: a interpretação lida com textos de uma forma ampla; não só com textos normativos, mas também com manuais doutrinários, legislação comentada e anotada, estudos de caso, precedentes judiciais, isto é, numerosos textos que sobrepujam a redação literal do texto normativo[352]. De todo modo, o texto normativo é ponto de partida e referência da concretização.

É importante destacar que o programa normativo é co-determinado pelas circunstâncias do caso. São as circunstâncias do caso que levam o operador do direito a trabalhar com determinados textos de normas, em detrimento de outros. O programa normativo, uma vez investigado e formulado, assume uma forma textual e será o guia do processo de concretização. Todas as fontes acima nominadas são estruturadas linguisticamente. Dessa forma, são acessíveis e carecem de interpretação.

Müller frisa o caráter limitador do programa normativo ao dizer que este "fornece os critérios segundo os quais os pontos de vista materiais admissíveis podem ser diferenciados dos inadmissíveis no procedimento de concretização"[353]. Exemplos concretos poderão ser visualizados nos itens 4.5.2 e 4.7. Em verdade, antes da formulação do programa da norma a primeira seleção dos dados reais é feita pela pré-compreensão jurídica do intérprete, que elimina aqueles fatos inadequados para a solução do caso concreto. Ato contínuo, o programa da norma serve como norte para a formulação do âmbito da norma, isto é, para a inclusão dos dados da realidade que se mostrarem admitidos pelo programa normativo. Por exemplo, quando a Constituição Federal garante a liberdade sindical (art. 8º, *caput*, CF), certamente exclui a

---

[350] HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de: HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 64.

[351] Todos esses elementos serão desenvolvidos e melhor explicados posteriormente.

[352] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 247.

[353] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 77. No prelo.

utilização pelos sindicatos de núcleos paramilitares, ainda que eventualmente existentes na realidade, porém não admitidas pela Constituição Federal, numa interpretação sistemática dos arts. 5º, inciso XVII e 17, § 4º, CF[354]. A despeito da inexistência de uma proibição específica no art. 8º, CF, os sindicatos são formas especiais de associação. A Constituição Federal permite a liberdade de associação, mas cria uma exceção literal a esse direito: não é juridicamente admissível constituir grupos paramilitares. A Constituição não define o que é "associação paramilitar", tampouco a legislação ordinária. Novamente há a necessidade de análise do âmbito normativo, para concretização da norma. Associação paramilitar não pode ser considerado qualquer grupo armado ou que obedeça a uma cadeia hierárquica de comando. Caso contrário, uma empresa de segurança privada, *e.g.*, seria um grupo paramilitar[355]. O uso das ciências sociais pode ser importante para a obtenção dos dados da realidade indispensáveis para a formação da norma: associações paramilitares são aquelas que ameaçam a existência do governo, pois o objetivo de grupos paramilitares é controlar o Estado através da remoção do governo em áreas específicas.

Direito e realidade não podem ser isolados. As condições de vida concretas precisam ser relacionadas ao contexto normativo por meio de um procedimento específico. Os pontos de vista do "âmbito normativo" precisam ser agregados. A concretização do conteúdo da Constituição precisa do emprego das condições da "realidade" que a "norma constitucional" em referência está determinada a ordenar[356]. O estabelecimento de normas de decisão não se restringe à interpretação de textos normativos, mas carece da análise de âmbitos normativos. Conforme Adeodato, "a concretização é um conceito procedimental e operacional, significando uma construção da realidade jurídica"[357]. É o que se verá a seguir.

3.5.2 O âmbito normativo (*Normbereich*)

---

[354] Art. 5º [...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. Art. 17 [...] § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020).

[355] PARA ENTENDER DIREITO. **Paramilitares e a defesa do Estado**. Disponível em: http://direito.folha.uol.com.br/blog/paramilitares-e-a-defesa-do-estado. Acesso em 10 dez. 2019.

[356] HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de: HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 50.

[357] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

O âmbito normativo (*Normbereich*)[358] é compreendido de forma estrutural, como componente material da norma jurídica. Trata-se de um elemento jurídico e não extrajurídico, com hierarquia idêntica ao outro elemento da norma, o programa normativo (*Normprogramm*). Nas palavras de Müller, o âmbito normativo engloba o "recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma 'escolheu' para si ou em parte 'criou' para si como seu âmbito de regulamentação"[359].

O âmbito normativo é o resultado da mediação entre o programa normativo e os elementos materiais empiricamente investigados[360]. O programa normativo funciona como um filtro de juridicidade dos "dados reais" relativos ao caso[361]. A filtragem dos dados reais pelo programa normativo gera o denominado âmbito normativo. O objetivo é impedir que conteúdos materiais sejam incluídos arbitrária e indiscriminadamente no processo de concretização. Apenas dados compatíveis com o programa da norma e passíveis de generalização poderão compor o âmbito normativo. Fatos que contradigam o conteúdo do programa normativo são filtrados e, portanto, separados: não poderão compor o âmbito normativo e, posteriormente, a norma de decisão.

Essa filtragem é o que diferencia o "âmbito real" (*Sachbereich*) do "âmbito normativo" (*Normbereich*). O âmbito real (*Sachbereich*) refere-se ao conjunto ainda vago de todas as

---

[358] Assim como outros conceitos da teoria estruturante do direito, a expressão âmbito normativo (Normbereich) encontra distintas traduções. Peter Naumann, na tradução da obra "*Direito, linguagem e violência*" traduz a expressão "*Normbereich*" por "área da norma", assim como José Maria Arruda de Andrade. Cf. MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de direito constitucional I. Tradução de: NAUMANN, Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 42; ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 155; A edição francesa "*Discours de la méthode juridique*" utiliza a expressão "Champ Normatif". Cf. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Tradução de: JOUANJAN, Olivier. Paris: Press Universitaires de France, 1996, p. 28 e s.; José Lamego, de outro lado, na tradução da obra "Metodologia da ciência do direito", de Karl Larenz, refere-se ao âmbito normativo da teoria de Müller por "domínio da norma". Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: LAMEGO, José. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 155. Luís Afonso Heck, na obra de Konrad Hesse, de quem Müller foi assistente, utilizada a expressão "âmbito da norma". Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de: HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 51.

[359] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max limonad, 2000, p. 57. Müller esclarece o conceito de âmbito normativo ao dizer: "âmbito normativo significa a estrutura básica do âmbito real (reduzido a âmbito do caso) da norma jurídica, ou seja, a soma e a associação dos fatos do âmbito real e/ou do caso justificáveis pelo operador de direito com base no programa normativo como compatíveis com o mesmo e relevantes para a solução do caso e, com isso, ao mesmo tempo, como (co)normativos" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 148. No prelo).

[360] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 17. No prelo.

[361] Müller explica o conceito de dados reais da seguinte forma: "Os dados reais surgiram como fatos, são partículas ou estruturas da realidade natural, histórica e social. Sua facticidade material independe da formulação linguística; porém, eles precisam ser formulados linguisticamente para poderem ser palpáveis e utilizáveis como argumentos. [...] dados reais são aqueles não primariamente linguísticos" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 25. No prelo).

circunstâncias factuais possivelmente afetadas pela norma jurídica em questão[362]. Tratam-se de todos os dados reais que, segundo a opinião do intérprete/decisor, podem estar relacionados com os textos normativos pré-selecionados. Nesse momento a norma jurídica ainda não se constituiu; ainda está sendo desenvolvida, a partir de um texto normativo, selecionado em virtude das circunstâncias postas pelo caso concreto.

A formulação do âmbito normativo é uma técnica intrínseca ao trabalho jurídico[363]. Müller defende uma passagem intermediária entre o âmbito real e o âmbito normativo. Trata-se do âmbito do caso (*Fallbereich*). Este "marca já um resultado intermediário no decorrer da primeira fase de trabalho de solução do caso, efetivamente a restrição dos dados do âmbito real conseguida com a ajuda das circunstâncias reais do caso e dos textos normativos para esse caso determinado a ser decidido de forma orientada pela norma"[364]. Desta forma, podemos dizer que o âmbito do caso (*Fallbereich*) designa um subconjunto dos fatos do âmbito real, supostamente relevantes, tendo em vista os textos normativos selecionados por operadores do direito com especialização técnica no trabalho de solução dos casos. Em suma, dados reais incompatíveis com o programa normativo não fazem parte do âmbito normativo/âmbito do caso, mas apenas do âmbito real[365]. Muller propõe uma paulatina restrição fática, que pode ser assim compreendida:

GRÁFICO 1 - EVOLUÇÃO DA RESTRIÇÃO FÁTICA

FONTE: Autor.

Müller rejeita a crítica sobre a dificuldade dos conceitos de "âmbito real" e "âmbito normativo". Para o autor, é próprio da atividade científica lidar muitas vezes com conceitos

---

[362] Segundo Müller: "A expressão 'âmbito real' refere-se evidentemente a uma fase inicial do processo decisório, na qual a interpretação linguística ainda não se completou e, consequentemente, o programa normativo não foi constituído [...]" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 25. No prelo).

[363] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 26. No prelo.

[364] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 48. No prelo.

[365] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 169. No prelo.

cujos limites são imprecisos ou de difícil delimitação. Isso, porém, não deve levar à renúncia na formulação de conceitos. A fecundidade da teoria estruturante da norma revelar-se-ia em princípio; no fato da realidade não ser tratada como uma totalidade difusa a ser contraposta à uma norma pronta e acabada[366]. Para além disso, a correção dos conceitos derivaria da própria observação da práxis jurisprudencial: é próprio da atividade de concretização/realização do direito uma progressiva seleção dos fatos que comporão a sentença/norma de decisão. Ainda que de maneira irrefletida (por vezes), é incontroverso que a prática jurídica trabalha com dados reais[367]. Um exemplo concreto: no HC 126.292/SP[368], o Min. Luís Roberto Barroso se vale de uma série de dados empíricos no esforço de fundamentação da decisão. No intento de afastar a possibilidade de prisão apenas após o trânsito em julgado da condenação criminal, aduz que:

> [...] no mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a 0,1% do total de decisões[369].

O objetivo do trabalho jurídico de formulação do âmbito normativo é destacar os fatos fundamentais para a solução do caso, no sentido de serem fatos normativamente cofundamentadores[370]. O âmbito normativo é uma decorrência dos fatos: (i) que surgiram no processo de concretização devido às circunstâncias do caso; (ii) que foram legitimados pelo programa normativo, como compatíveis e relevantes para a norma de decisão[371]. O âmbito

---

[366] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 142-143. No prelo.

[367] Nas palavras de Ferraz: "Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal qual a procedida por Müller em relação ao Tribunal Constitucional Federal alemão, assim como qualquer outra que se faça em relação a qualquer juízo, revela a utilização recorrente e inevitável de dados fáticos na conformação da decisão para os casos decididos, e não à maneira silogística (é dizer, não para a formação da premissa menor), mas sim como elementos codeterminadores do conteúdo normativo" (FERRAZ, Sérgio Valladão. **Hermenêutica constitucional**: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais. 1. ed. Joinville: Bildung, 2015, p. 70).

[368] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 126.292/SP**. Data de publicação DJE 17/05/2016 - Ata n.º 71/2016. DJE n.º 100, divulgado em 16/05/2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf. Acesso em 05 abr. 2020.

[369] Voto no HC 126.292/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 126.292/SP**. Data de publicação DJE 17/05/2016 - Ata n.º 71/2016. DJE n.º 100, divulgado em 16/05/2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf. Acesso em 05 abr. 2020). É curioso que o Min. Luís Roberto Barroso cita a obra de Friedrich Müller expressamente. Aduz o magistrado: "O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas de interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade". A correção da utilização da teoria estruturante do direito no caso concreto poderá ser analisada posteriormente. Uma das questões a serem perquiridas diz respeito a se os dados utilizados foram legitimados pelo programa normativo, como compatíveis e relevantes para a norma de decisão.

[370] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 43. No prelo.

[371] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II** Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 43. No prelo.

normativo é, portanto, o conjunto dos fatos que cofundamentam de maneira arrazoada a norma decisória[372].

A análise dos fatos não primariamente linguísticos do âmbito normativo se revela absolutamente necessária sobretudo em disposições constitucionais como normas de direitos fundamentais. Friedrich Müller fornece interessante exemplo acerca do âmbito normativo da liberdade de comunicação (nos termos da nossa Constituição, liberdade de comunicação social)[373]. O art. 220, CF, dispõe que "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição"[374]. O § 5º do art. 220 da Constituição Federal proíbe que os meios de comunicação social possam direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. Uma questão que poderia ser colocada é: qualquer pessoa pode exercer a liberdade de comunicação social, possuindo, por exemplo, um canal de televisão? Um dado da realidade primariamente não linguístico é o fato de que, até o início do séc. XXI, imperava o modo analógico, com uma clara limitação do espectro de frequências. Rodrigo Bornholdt, ao se debruçar sobre o tema, nos lembra que esse espectro é um dado da realidade, um elemento do "mundo da vida", que faz parte do âmbito normativo da liberdade de comunicação social. É em vista disso que o Estado não pode permitir a cada cidadão possuir seu próprio canal de televisão"[375].

Segundo Müller, os âmbitos normativos podem ser: (i) gerados pelo direito; (ii) parcialmente gerados pelo direito[376]; (iii) não gerados pelo direito[377]. Disposições sobre prazos, datas, regras processuais e institucionais são exemplos de textos de norma com âmbitos normativos formados pelo próprio direito. De forma intrínseca, âmbitos normativos formados

---

[372] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 150. No prelo.

[373] MÜLLER, Friedrich. **La positividad de los derechos fundamentales**: cuestiones para uma dogmática práctica de los derechos fundamentales. Tradução de: REYS, Alberto Oehling de los. Madrid: Dykinson, 2016, p. 184-185.

[374] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[375] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra:** uma nova abordagem no direito brasileiro. Joinville: Bildung, 2010, p. 115. Müller aduz que o TCF alemão expressamente reconheceu a importância da análise dos dados reais para a formulação do âmbito normativo nessa decisão (MÜLLER, Friedrich. **La positividad de los derechos fundamentales**: cuestiones para uma dogmática práctica de los derechos fundamentales. Tradução de: REYS, Alberto Oehling de los. Madrid: Dykinson, 2016, p. 184-185).

[376] Segundo Müller, na maioria dos casos temos âmbitos normativos com componentes gerados e não gerados pelo Direito.

[377] Igualmente, o âmbito normativo pode contemplar um subconjunto de fatos com elementos qualitativamente distintos: fatos como circunstâncias geográficas, químicas, físicas; dados estatísticos; normas sociais como conceitos morais, práticas comerciais etc. (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 150. No prelo).

pelo próprio direito elevam a previsibilidade e a segurança jurídica do processo decisório[378]; a "clareza" decorre da própria estrutura da norma. O legislador se utiliza não só da linguagem natural, mas também de conceitos jurídicos no texto normativo. Essa "linguagem técnica" é muitas vezes mais delimitada que a linguagem natural. É grande a probabilidade de prevalência dos imperativos linguísticos do texto de norma em detrimento do âmbito normativo. Tal é o caso de disposições numericamente definidas. Como exemplo, podemos citar os arts. 27, § 4º, 28, 29, inciso I, 82, CF/88, que estabelecem que o mandato de Deputados Estaduais, Governadores, Prefeitos, Vereadores e Presidente da República, respectivamente, é de 4 (quatro) anos. Igualmente, o art. 37, inciso III, estabelece que o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período. Nesse caso, com o vencimento do certame, os candidatos aprovados fora do número de vagas não possuem o direito subjetivo de requerer judicialmente a nomeação e posse aos respectivos cargos. Outro exemplo é o malfadado art. 242, § 2º, CF/88, que fixa que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Não há dúvida de que compete à União manter a referida instituição de ensino. Nessas hipóteses, a pré-compreensão jurídica é suficiente para a concretização do texto de norma. Nos referidos casos-limite, que não abarcam a totalidade do direito constitucional, há a falsa ideia de que concretização normativa ocorre de maneira silogística. Conforme aponta Adeodato, quando aparecem exclusivamente elementos produzidos pelo próprio direito, "por vezes é suficiente a interpretação dos *textos* normativos, mas isso é relativamente raro, não justificando a tentativa do positivismo legalista de torná-lo a regra geral"[379].

O âmbito normativo é, via de regra, apenas insinuado nas disposições constitucionais por meio de palavras-chave. Müller fornece alguns exemplos a partir da Lei Fundamental de Bonn: (i) "casamento e família", art. 6º, parágrafo 1; (ii) "arte e ciência, pesquisa e ensino", art. 5º, parágrafo 3º, 1ª frase; (iii) "associações e sociedades", art. 9º, parágrafo 1º; (iv) "propriedade", "direito hereditário", art. 14, parágrafo 1, 1ª frase[380].

A Constituição da República Federativa do Brasil também apresenta exemplos de disposições com âmbitos normativos gerados e não gerados pelo próprio direito. No primeiro caso estão, nomeadamente, os arts. 5º, inciso XXIX ("a lei assegurará aos autores de inventos

---

[378] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 155. No prelo.

[379] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 249.

[380] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 25.

industriais privilégio temporário para sua utilização"), 7º, inciso II ("seguro-desemprego"), XVIII ("licença à gestante"), XIX ("licença-paternidade"), 226, § 3º ("união estável")[381]. A união estável, *e.g.*, é uma instituição concomitantemente social e jurídica. Todavia, só a ordem jurídica cria a união estável a partir de uma forma de vida qualquer entre duas pessoas. Há uma regulação normativa que define, afinal, o que é a união estável[382]. Da mesma forma, o âmbito normativo do inciso XXIX do art. 5º, CF, diz respeito às patentes, uma concessão pública, conferida pelo Estado, que garante ao seu titular a exclusividade de explorar comercialmente a sua criação. O art. 7º, inciso II, da Constituição Federal, apresenta um exemplo de âmbito normativo completamente gerado pelo direito, que permite a sua formulação no texto de norma. O programa da norma afirma que é direito do trabalhador urbano e rural o "seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário". O "seguro-desemprego" é uma definição legal prevista em lei (Lei n.º 7.998/1990). A definição do que seja "seguro-desemprego" é dada pelo próprio Direito. Logo, é desnecessário recorrer à "realidade" para a formulação do âmbito normativo; ele é suficientemente posto pelo programa normativo do dispositivo constitucional. O mesmo vale para o art. 7º, incisos XVIII e XIX, que tratam da "licença à gestante" e da "licença-paternidade". Ambas as expressões traduzem direitos regulamentados em normas infraconstitucionais; os âmbitos normativos desaparecem por trás dos programas normativos.

A Constituição Federal também nos traz exemplos de disposições com âmbitos normativos não formados pelo próprio direito, *ex vi* dos arts. 5º, incisos VI, IX, X. Disposições como "crença", "consciência", "religião", "liberdade artística", "honra", são exemplos nesse sentido. O âmbito normativo "liberdade artística" não pode ser concretizado integralmente a partir do programa da norma. A parcela da realidade social a que o âmbito normativo se dirige não está circunscrita no texto normativo. O âmbito da norma é apenas insinuado no texto normativo, por meio de uma palavra-chave. Na formulação do âmbito normativo "liberdade artística" será necessário recorrer à realidade bem como disciplinas como teoria e história da arte, arte e antropologia, arte e filosofia etc. O Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso Mephisto (BVerfGE 30, 173), teve a oportunidade de fixar algumas balizas importantes[383]. Müller argumenta que o Tribunal utilizou uma série de dados reais como elementos (não

---

[381] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[382] Art. 1.723 do Código Civil: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 6 jun. 2020).

[383] SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de: HENNING, Beatriz; MARTINS, Leonardo; CARVALHO, Mariana Bigelli de; CASTRO, Tereza Maria de; FERREIRA, Vivianne Geraldes. Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p. 495-501.

designados por esse termo) do âmbito normativo do art. 5, parágrafo 3, frase 1, da Constituição Alemã, como: (i) a estrutura da atividade artística como um processo modelador criador a partir da experiência interna e externa sobre o meio da linguagem formal conscientemente descritiva; (ii) a inseparabilidade de componentes conscientes e inconscientes de todo esse procedimento; (iii) a cooperação de capacidades intuitivas, criativas e críticas; (iv) a possibilidade de diferenciação entre âmbito da obra e o âmbito da efetividade; (v) o papel do artista, do objeto de arte e das instâncias intermediadoras; (vi) a diferenciação entre tipos de artes e outros[384].

De outro lado, é problemática a determinação do programa normativo e do âmbito normativo de cláusulas gerais, pois o texto normativo para a formulação do programa normativo é vago[385]. Frise-se que a teoria estruturante do direito não iguala os direitos fundamentais às chamadas cláusula gerais. Os direitos fundamentais não são cláusulas gerais. Os direitos fundamentais possuem conteúdo material concreto, nos quais os âmbitos normativos colaboram para a concretização[386]. Evidentemente, alguns direitos fundamentais podem ser considerados cláusulas gerais, como o princípio geral da igualdade, que nos traz dificuldades extras em relação a outros direitos de liberdade individuais materialmente determinados, como o direito de reunião, por exemplo[387]. Ainda assim, o âmbito normativo do direito de igualdade pode ser construído. Para Alberto Oehling de los Reyes, o conceito de igualdade deve ser compreendido na conexão da interpretação literal com o sentido primário filosófico e histórico do termo. O autor aduz que a igualdade perante a lei é um conceito pertencente à história e à filosofia; uma reação contra os privilégios e prerrogativas de grupos com distinções perante o Estado. Dessa forma, nega-se atualmente a possibilidade de uma compreensão reducionista do conceito, em favor de novos grupos sujeitos a (novos) privilégios e prerrogativas[388].

---

[384] MÜLLER, Friedrich. **La positividad de los derechos fundamentales**: cuestiones para uma dogmática práctica de los derechos fundamentales. Tradução de: REYS, Alberto Oehling de los. Madrid: Dykinson, 2016, p. 192-193

[385] Segundo Müller, "normas processuais ou disposições organizatórias são, via de regra, mais fortemente determinadas do que preceitos definidores dos fins do Estado ou direitos fundamentais [...]" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 153. No prelo).

[386] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 134. No prelo.

[387] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 134. No prelo.

[388] Nesse sentido, nos parece admissível imaginar a possibilidade de questionamento da constitucionalidade da isenção do imposto de renda sobre a distribuição de lucros, por constituir um provável privilégio à grupos já privilegiados. O Estado teria um ônus argumentativo para demonstrar que a isenção não configura um privilégio. Em síntese, precisaria recorrer a elementos da realidade para essa demonstração. REYES, Alberto Oehling de los. Introducción a la positividad y realidad de los derechos y libertades fundamentales en el mundo hoy. In: MÜLLER, Friedrich. **La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para uma dogmática práctica de los derechos fundamentales.** Tradução de: REYS, Alberto Oehling de los. Madrid: Dykinson, 2016, p. 21.

Frise-se que o conceito de âmbito normativo visa deliberadamente divergir de posições sociologistas e/ou outras mais tradicionais. Não se trata, como ficou claro, da defesa de uma "força normativa dos fatos". Ao revés, o objetivo é uma inserção controlada e racionalmente verificável dos fatos no processo de formulação da norma de decisão. Apesar dos dados reais serem tradicionalmente utilizados na formulação de decisões, essa ação concreta não é metodologicamente diferenciada e precisada pela teoria tradicional[389]. O caráter inovador da teoria estruturante é reconhecer que as circunstâncias reais não são apenas a premissa menor do procedimento subsuntivo, mas um elemento importante, juntamente com o texto normativo, para a extração dos dados reais que formarão a premissa maior. Nas palavras de Müller: "a realidade social deve ser compreendida, em relação ao programa normativo e controlada por este, como âmbito normativo"[390].

A dificuldade de concretização dos textos de normas cujo âmbito normativo não é formado pelo próprio direito não parece uma decorrência do texto, mas da estrutura da norma. A proposição "é garantida a liberdade artística", por exemplo, não oferece dificuldades sintáticas. A questão controversa diz respeito à formulação do âmbito normativo. Estes possuem extensão, autonomia material e densidades diferentes, a depender se foram ou não gerados pelo próprio Direito. Essa complexidade não é obscurecida pela teoria estruturante do direito. Pelo contrário. A teoria estruturante do direito combate artifícios como, *e.g.*, o emprego do conceito "natureza das coisas", no caso de questões não esclarecidas e/ou controversas. Nos dizeres de Müller, esse conceito não demonstra como a concretização das normas jurídicas pode se transformar na prática por esse fator e nem onde devem estar os limites para a aceitação "da" coisa[391]. Diferentemente do recurso da "natureza das coisas", empregado muitas vezes como argumento retórico afim de obscurecer julgamentos, de justificar o direito vigente, a teoria estruturante intenta concretizar o texto de norma em passos controláveis e verificáveis argumentativamente, isto é, lida metodologicamente com esses problemas.

3.6 NORMA JURÍDICA (*RECHTSNORM*) E NORMA DE DECISÃO (*ENTSCHEIDUNGSNORM*)

---

[389] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 60. No prelo.

[390] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 130. No prelo.

[391] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 11. No prelo.

A norma jurídica enquanto ordenação, via de regra, geral e abstrata, rege apenas indiretamente um determinado caso. A norma de decisão surge ao final do processo de concretização e rege imediatamente o caso determinado. É uma regulamentação imediata obrigatória. Muller propõe uma cadeia de imputações sucessivas: a norma de decisão precisa ser imputada à norma jurídica, da mesma maneira que a norma jurídica carece de ser imputada ao texto normativo previamente selecionado. A norma de decisão não é autônoma, autolegitimadora. Ela precisa poder ser imputada à norma jurídica. Müller aduz que a ligação entre a norma de decisão e a norma jurídica precisa ser realizada argumentativamente, de acordo com "regras aceitáveis cientificamente e pelo Estado de Direito", de forma a evitar posturas decisionistas, que criam normas de decisão a partir do nada[392].

[392] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 60. No prelo.

4 A METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO

4.1 A METÓDICA JURÍDICA COMO CONSEQUÊNCIA DA TEORIA DA NORMA

Primeiramente, importa dizer que a metódica estruturante é pré-estruturada pela correspondente teoria da norma jurídica, que desempenha um papel de base para o trabalho jurídico prático[393]. Enquanto a teoria estruturante cuida dos aspectos estruturais da norma jurídica, a metódica estruturante lida, obviamente, com os aspectos metódicos do processo de concretização. Nas palavras de Robert Alexy, a teoria estruturante da norma jurídica e a metódica estruturante são duas faces da mesma moeda[394]. Ambas estão em coesão objetiva obrigatória. Nas palavras de Müller, "perceber a concretização como procedimento (estruturado) significa também acabar com o discurso sobre 'a' norma, sobre 'ser e dever-ser', sobre 'a' realidade social ou 'a' jurisprudência"[395]. Conforme sustenta Olivier Jouanjan, a "metodologia ocupa, certamente, no seio da teoria estruturante, lugar estratégico"[396]. A metódica estruturante visa solucionar problemas prático-decisórios. O antigo pleito de abertura da norma jurídica na direção da realidade social não incluía detalhes da metódica prática[397]. A Escola do Direito Livre é um grande exemplo. As exortações à realidade não eram acompanhadas de um rigoroso método de como isso deveria acontecer.

A metódica estruturante assemelha-se à teoria da argumentação no domínio do direito e da ciência do direito. Os elementos de concretização nada mais são do que os "argumentos" da teoria da argumentação geral[398]. Nas palavras de Ferraz, "a utilização de uma metódica adequada é uma exigência do estado democrático de direito, em que o poder é tomado enquanto processo generalizado e formalizado de comunicação"[399]. Ao elencar os elementos de

---

[393] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 24. No prelo.

[394] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: SILVA, Virgilio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

[395] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 9. No prelo.

[396] JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 248.

[397] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 14. No prelo.

[398] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 60.

[399] FERRAZ, Sérgio Valladão. **Hermenêutica constitucional**: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais. 1. ed. Joinville: Bildung, 2015, p. 57.

concretização, Müller desenvolve uma hierarquia dos argumentos, de acordo com sua proximidade aos textos de normas democraticamente positivados[400].

4.2 OS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA

Müller desenvolve três grupos de elementos de concretização, tendo sempre como referências norteadoras as partes estruturais da norma jurídica: o programa da norma e o âmbito normativo. O primeiro grupo de elementos diz respeito aos tradicionais recursos de tratamento do texto da norma. Deste modo, o primeiro grupo será utilizado sobretudo para a formulação do programa normativo. O segundo grupo de elementos lidará com o âmbito normativo. O objetivo é analisar o conjunto de fatos destacáveis como relevantes no processo de concretização. O terceiro grupo possui um caráter periférico, na medida em que é constituído por elementos que lidam com textos não-normativos.

QUADRO 2 – ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA

Programa da norma	**Âmbito da norma**	
1) Elementos normativos diretamente referidos aos textos de normas; (i) Cânones tradicionais de interpretação; (ii) Princípios de interpretação constitucional.	2) Elementos normativos não diretamente referidos aos textos de normas, mas ao conjunto dos fatos destacados pelo âmbito normativo.	3) Elementos não-normativos, auxiliares ao processo de concretização.

FONTE: Autor.

No primeiro grupo estão os elementos *diretamente* referidos aos textos de normas, destinados à formulação do programa da norma. Müller realiza uma subdivisão nesse primeiro grupo: (i) elementos metodológicos *strictiore sensu;* (ii) modernos princípios de interpretação constitucional[401].

Os elementos metodológicos em sentido estrito são os tradicionais cânones de interpretação: (i) gramatical; (ii) histórico; (iii) genético; (iv) sistemático, e; (v) teleológico. Os princípios de interpretação especificamente constitucional são: (i) praticabilidade, (ii) interpretação a partir do nexo da história das ideias, (iii) critério de aferição do efeito integrante; (iv) princípio da unidade da constituição; (v) quadro global de direito pré-constitucional; (vi)

---

[400] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 52.

[401] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 71.

nexo de normas de direitos fundamentais e regras de competência; (vii) concordância prática, e; (viii) a força normativa da constituição.

Os cânones clássicos de interpretação são há muito conhecidos. Ainda assim, cumpre tecer algumas considerações sobre eles, tendo em vista certas particularidades da metódica estruturante do direito. Primeiramente, as regras tradicionais de interpretação não podem ser isoladas, utilizadas de forma independente entre si[402]. Em princípio, na tarefa de concretização do direito os elementos de interpretação atuam conjuntamente, de forma complementar: (i) toda texto de norma é veiculado por meio da linguagem, razão pela qual é necessária a interpretação gramatical; (ii) os textos normativos estão inseridos num ordenamento jurídico complexo, que possui milhares de normas. Portanto, é imprescindível uma análise sistemática, seja setorial ou global; (iii) à todo texto de norma pode ser realizada uma indagação sobre seu *objetivo* e *finalidade*, o que faculta a interpretação teleológica, e; (iv) finalmente, os textos normativos possuem modelos históricos (textos de normas revogados) e materiais legislativos que permitem compreender o texto normativo a partir de seus antecedentes de formulação. Esses documentos não são indubitáveis e carecem da interpretação do intérprete, que seleciona determinados documentos e lhes predica maior ou menor importância.

4.2.1 O elemento gramatical

Como já foi visto, o direito é veiculado por meio da linguagem. Num sistema de *statute law*, as regras são positivadas pelo Estado. Esse simples fato já demandaria uma análise *sintática*, a fim de avaliar a união das palavras nas frases veiculadas em textos normativos. A técnica da interpretação gramatical se consubstancia no uso dos conhecimentos linguísticos com o objetivo de compreender a prescrição jurídica.

Müller enfatiza que as dificuldades de concretização das disposições jurídicas não têm relação com o aspecto gramatical, mas sim com *diferenças estruturais das normas jurídicas*. Do ponto de vista sintático, proposições como "o mandato de senador é de 8 (oito) anos" (art. 46, § 1º, CF) e "é livre a expressão da atividade artística" (art. 5º, inciso IX, CF) são igualmente claras[403]. Todavia, no quadro de uma pré-compreensão jurídica orientada aos problemas, o jurista é capaz de comparar os respectivos âmbitos normativos e perceber uma maior

---

[402] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 90.

[403] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

dificuldade de concretização em relação ao segundo texto de norma (atividade artística). A possibilidade de firme esteio na interpretação gramatical dependerá da estrutura da norma a ser concretizada. Frise-se que existem problemas adicionais: de modo geral o elemento gramatical desdobra-se em pelo menos três argumentos. É possível cogitar o argumento do "significado literal", do "significado ordinário" e do "significado técnico"[404].

No mais, a interpretação gramatical do texto de norma exerce, no estado de direito, a indispensável função de limitar as possibilidades de eleição de alternativas que são politicamente, filosoficamente e/ou economicamente aceitáveis, mas não são juridicamente admissíveis. A eficácia de limitação do texto da norma é fundamental. Nos dizeres de Müller:

> A função limitadora do texto da norma não é idêntica à função de concretização do elemento gramatical. A decisão não se restringe à interpretação de textos, não fica colada ao teor literal não mediado. Pela via das regras de preferência, ela não precisa "resultar do teor literal", mas deve ser de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório[405].

Um exemplo concreto: ainda que seja politicamente defensável[406] a adoção de candidaturas independentes no âmbito das eleições para Vereador, Prefeito, Deputado Estadual, Deputado Federal, Senador, Governador e Presidente, a interpretação gramatical do texto de norma do art. 14, § 3º, inciso V, CF, não permite essa concretização. Trata-se de norma de caráter obrigatório: "é condição de elegibilidade a prévia filiação partidária"[407]. Em termos de lógica, obrigação e proibição são intercambiáveis. Se é obrigatória a prévia filiação partidária, é consequentemente proibida a candidatura independente. A interpretação gramatical consegue facilmente demonstrar a vedação da candidatura avulsa. Outro exemplo: por mais que a prisão em segundo grau seja *politicamente* aceitável, isso não quer dizer que seja juridicamente admissível. O programa da norma irá filtrar os dados da realidade (*e.g.*, o número de países que preveem a prisão em segundo grau), que poderão cofundamentar a norma jurídica e a norma de decisão.

---

[404] SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 533.

[405] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75.

[406] Há quem defenda candidaturas avulsas com o fito de "combater oligarquias partidárias" e "forçar os partidos a se aperfeiçoarem internamente" (PONTES, Felipe. **STF:** candidatura avulsa pode ser votada no 1º semestre, diz Barroso. NET, Brasília, dez. 2019. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-12/stf-candidatura-avulsa-pode-ser-votada-no-1o-semestre-diz-barroso Acesso em: 19 dez. 2019).

[407] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

4.2.2 Os elementos histórico e genético

Müller diferencia a interpretação histórica da interpretação genética. A *interpretação histórica* tem como objeto *textos de normas já revogados*, ao passo que a *interpretação genética* avalia documentos legislativos relacionados aos textos de normas vigentes. A interpretação histórica efetua a comparação da legislação atual com a(s) legislação(ões) anterior(es), ao passo que a interpretação genética investiga especialmente os trabalhos preparatórios, os debates parlamentares, os projetos de lei e as atas que precederam e serviram de base para os textos de normas aprovados, promulgados e publicados; ou seja: atualmente vigentes. Tanto a interpretação *histórica* quanto a *genética* lidam, porém, como *textos de não-normas*. Os pontos de vista auxiliares trazidos por esses elementos não decorrem *diretamente* de textos de normas vigentes. As regulamentações já revogadas não podem ser consideradas textos de normas jurídicas. Igualmente, os documentos que servem de objeto à interpretação genética (atas, projetos de lei etc.) são textos com natureza distinta dos textos normativos vigentes, que foram efetivamente aprovados, promulgados e publicados em órgão oficial.

A inter-relação entre os elementos de interpretação por ser observada a partir da interpretação histórica e da interpretação genética. Ambas não prescindem da interpretação gramatical e são subcasos da interpretação sistemática. No primeiro caso, podem ajudar na atribuição de sentido ao dispositivo normativo, dentro do espaço delimitado pelo teor literal. No segundo caso, a despeito de trabalharem com textos não-normativos, são contextualizáveis sistematicamente[408]. Conforme se verá, os elementos históricos e genéticos se assemelham ao elemento teleológico no sentido da irrenunciabilidade da comprovação documental. Na esteira do pensamento de Sgarbi, em tudo subsumível à teoria de Müller, a técnica de interpretação histórica e genética "envolve forte exigência documental de apoio, pois são essas referências que abrem espaço para afirmar a pretendida significação como a mais adequada ou correta"[409].

4.2.3 O elemento teleológico

A interpretação teleológica centra sua energia no bem jurídico tutelado pelo texto de norma, isto é, no *fim* que o texto de norma procura alcançar. Todavia, é controverso na doutrina qual o meio que permite acessar esse fim. Nos termos da metódica estruturante, a determinação

---

[408] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79.

[409] SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 537.

dos fins depende de evidências comprováveis empiricamente. A afirmação dos fins e da "vontade" daqueles que elaboraram o documento normativo depende de provas. Rejeita-se, assim, a projeção de fins por meio da utilização de um "legislador-ideal", bem como narrativas retóricas sobre uma finalidade baseadas em afirmações autorreferentes[410]. Os trabalhos preparatórios, os debates parlamentares, os projetos de lei, as atas de comissões, eventuais justificativas de votos, apenas serão promissores na medida em que comprovarem a racionalidade subjacente projetada. Conforme esclarece Müller, "aquilo que normalmente é caracterizado como finalidade de uma norma, como objetivo perseguido por meio de uma disposição, deve ser sempre considerado na medida em que puder ser comprovado e apresentado com ajuda de cada elemento de concretização"[411]. Por meio desses critérios, a metódica estruturante visa a inclusão disciplinada e controlável de *objetivos* e *finalidades* atribuíveis ao texto de norma jurídica. Proíbe-se abandonar as comprovações atribuíveis ao texto e à sistematicidade, em direção aos desígnios de um "legislador-ideal", à uma suposta finalidade do direito.

4.2.4 O elemento sistemático

A interpretação sistemática tem como técnica elementar a ideia de que as disposições jurídicas compõem uma unidade. Desta forma, devem ser interpretadas umas em relação as outras, com o descarte de hipóteses interpretativas discrepantes, em favor de formulações que promovam a harmonização textual[412]. Há, no entanto, uma complexidade adicional. Para além da interpretação dos textos normativos selecionados, deve haver uma análise dos âmbitos normativos das disposições sistematicamente interligadas. Trata-se de uma tarefa inerente à teoria estruturante da norma jurídica. Se a norma é formada pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, a interpretação sistemática não pode olvidar do âmbito normativo dos textos de normas chamados a contribuir para a solução do caso concreto.

---

[410] Segundo Müller: "[...] pontos de vista de 'sentido e finalidade' da prescrição interpretanda só podem ser aduzidos à medida da sua documentabilidade com a ajuda dos outros elementos. A suposição de uma 'ratio' que não pode ser comprovada sob nenhum outro aspecto da concretização desqualifica-se enquanto 'valoração' ou 'ponderação' subjetiva *deslocada da norma*" (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79).

[411] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 122. No prelo. Valendo-nos de uma linguagem alheia à metódica estruturante e próxima de Neil Mackormick (no Brasil de Fábio Shecaira e Noel Struchiner), o elemento teleológico "tem potencial para ser institucional, mas apenas quando envolve pesquisa histórica meticulosa" (SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 81).

[412] SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 542.

Frise-se, outrossim, que o elemento sistemático precisa da interação com os demais elementos interpretativos. Segundo Müller, "o *topos* sistemático carece de adicionais pontos de vista auxiliares que só podem ser obtidos mediante a interpretação gramatical, histórica, genética e, mais uma vez, sistemática"[413]. O elemento sistemático não é um elemento totalmente autônomo, aplicável independentemente dos demais elementos de interpretação[414].

4.3 OS ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO A PARTIR DO ÂMBITO DA NORMA

No segundo grupo estão os elementos de concretização a partir do âmbito normativo. Nessa seara se desenvolve o trabalho de progressiva restrição do "âmbito real" em "âmbito do caso" e, posteriormente, em "âmbito normativo". Esse progressivo detalhamento oferece um estilo de fundamentação e de exposição minucioso. Como visto, a jurisprudência implicitamente reconhece a ideia de âmbito normativo ao se valer de dados reais para a fundamentação das decisões. Na lição de Müller:

> [...] a ligação a ser feita com o trabalho sociológico no sentido amplo do termo, a utilização de dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizanda, no processo de aplicação do direito, coloca-se primacialmente para os juristas como uma tarefa[415].

A utilização de dados empíricos da história do direito, sociologia do direito, criminologia, sociologia política, ciência política etc., tem importância considerável na análise do âmbito normativo, com vistas à concretização do direito. A facilidade de acesso aos dados empíricos perpetrada pela rede mundial de computadores vai ao encontro de um correto trabalho jurídico. De outro lado, cria uma responsabilidade pessoal na utilização desses dados. Há a necessidade de transparência, como a citação e compartilhamento das fontes adotadas para

---

[413] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 77-78.

[414] Em sentido deveras semelhantes, embora com outra linguagem: SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 81.

[415] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 90.

inserção de dados reais no âmbito normativo, bem como a correspondente distância das chamadas "*everyday theories*"[416].

4.4 OS ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO NÃO-NORMATIVOS

Finalmente, formando um terceiro grupo de subsídios de concretização estão os elementos de: (i) dogmática; (ii) técnica de solução de casos; (iii) política constitucional, e; (iv) teoria constitucional. Os elementos acima nominados carecem de trabalho jurídico (*Rechtsarbeit*) para sua operacionalidade, pois não estão prontos para utilização. Cite-se, como exemplo, a dogmática. É inconteste que todo jurista consulta livros especializados (manuais, livros com recorte específico, comentários, legislação anotada) como fonte para a solução dos casos que lhe são apresentados. Todavia, os ensinamentos dogmáticos não estão prontos e acabados, disponíveis para a mera "aplicação"[417]. Nesse aspecto, em tudo se assemelham aos demais elementos do processo de concretização. Todos eles precisam de intensa atividade do operador jurídico, que deverá utilizá-los de maneira adequada para a formulação do programa da norma e do âmbito da norma. O caráter auxiliar da dogmática decorre de sua natureza não-normativa, do fato de ser um texto de não-norma. As proposições dogmáticas espelham tradicionalmente a opinião de seus respectivos autores sobre o conteúdo de determinados textos normativos. Apesar dos conteúdos certamente influírem nas decisões, não são vinculantes, pois carecem de normatividade própria; em boa parte dos casos, referem-se somente de maneira parcial aos textos de norma democraticamente positivados[418]. Registre-se, por fim, a recusa da ideia de uma "doutrina dominante", que na maior parte das vezes visa encobrir déficits de fundamentação, ao não demonstrar o processo pelo qual a opinião se formou, mas apenas o resultado[419].

---

[416] José Rodrigo Rodriguez fornece o exemplo (bizarro) do voto do Ministro Ives Gandra Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho – TST, em processo envolvendo auxílio-creche para homens no âmbito do próprio tribunal. O Ministro avaliou se houve ou não quebra da isonomia (art. 5º, *caput*, CF) entre homens e mulheres utilizando como argumento principal os ensinamentos da filósofa e santa da Igreja Católica Edith Stein (1891-1942). Referida autora defende a existência de uma "vocação primária" para homens e mulheres. A mulher deveria "construir a família" e "ser o coração da família e alma da casa". Como se percebe, a teoria escolhida passa longe das modernas discussões sobre *gênero* travadas na sociedade e na academia. Para além disso, a escolha da filósofa não foi justificada (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 86-87).

[417] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 91.

[418] FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2009, p. 115.

[419] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

4.5 A HIERARQUIA DOS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO

Müller diferencia os elementos de concretização *diretamente* e *indiretamente* referidos aos textos de normas. As exigências do estado democrático de direito são levadas em consideração para a hierarquização dos elementos de concretização normativa. Terão prioridade aqueles elementos diretamente referidos aos textos de normas democraticamente criados (válidos e vigentes).

A hierarquização, como a teoria e a metódica estruturante globalmente consideradas, tem um caráter prescritivo. Não é normativa, no sentido de estrito dever. A adoção da metódica somente pode decorrer de um código interno. Nenhuma teoria possui um caráter normativo, no sentido de *obrigatória*. Müller considera que a teoria estruturante e a metódica estruturante são prescritivas em três aspectos: (i) que a concretização deve ser feita de modo consciente e refletida; (ii) que a concretização no estado democrático de direito deve ser comunicada, explicada e fundamentada de modo aberto, compreensível e intersubjetivamente controlável; (iii) que a metódica pode ser um modelo de trabalho no sentido de "far-se-ia melhor em seguir essa teoria da norma, essa metódica, essa dogmática"[420].

O objetivo principal é racionalizar o trabalho jurídico, em busca de uma objetividade possível, bem como preservar o conteúdo normativo, impedindo sua dissolução em considerações valorativas. A hierarquização também pretende guiar metodologicamente as possibilidades de concretização da norma jurídica, que deverá, sempre, poder ser imputada ao texto normativo vigente. A gradação entre os elementos de concretização deverá atuar em caso de *contradição total*. Na hipótese de contradição parcial, isto é, do elemento de concretização "A" oferecer duas possibilidades de interpretação, sendo que apenas uma é incompatível com o elemento de concretização "B", não se fará necessária a utilização das regras para a solução de situações conflitivas.

4.5.1 Possíveis conflitos entre os elementos de interpretação

Conflitos entre elementos de interpretação são caracterizados pela impossibilidade de uma interpretação harmonizadora entre as possibilidades oferecidas pelos elementos colidentes. Como antecipado, na hipótese do elemento gramatical oferecer duas hipóteses interpretativas, sendo que apenas uma se afasta da interpretação oferecida pelo elemento genético, não há

[420] MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017, p. 58.

contradição entre "o" elemento gramatical e "o" elemento genético. De outro lado, teremos uma antinomia real entre os elementos em caso de contradição total entre as hipóteses interpretativas.

4.5.2 Situações de incoerência entre os elementos individuais de concretização

Uma primeira possibilidade de incoerência entre os elementos individuais de concretização diz respeito ao potencial conflito entre *elementos não diretamente referidos a normas*. Neste particular se encaixam os elementos: (i) de política constitucional; (ii) de técnica de solução; (iii) de teoria, e; (iv) dogmáticos, *na parte não diretamente referida à norma*. Tendo em vista que esses recursos são auxiliares ao processo de concretização, despidos de orientação direta à norma, inexiste hierarquia entre eles. Desta forma, o uso dos referidos elementos será graduável, no caso concreto, pelo intérprete, segundo possam se compatibilizar com os resultados obtidos pelos elementos diretamente referidos às normas ou com a função limitadora dos textos de normas[421]. Um exemplo: no caso do julgamento que debateu a possibilidade de prisão em segundo grau, foi empregado o argumento de *política constitucional*, no sentido de que a maioria dos países desenvolvidos prevê o início do cumprimento da pena após decisão de segundo grau[422]. Esse argumento pode entrar em choque com elementos de teoria, por exemplo. É possível sustentar que a culpabilidade dos acusados não fica inquestionavelmente comprovada nos julgamentos de segunda instância. Isso porque, recursos especiais, recursos extraordinários e *habeas corpus* podem discutir eventual cerceamento de defesa. Nesses casos, o Poder Judiciário não permitiu a correta constituição de provas e não analisou a culpabilidade à luz do adequado confronto das provas. Nessa hipótese, deverá prevalecer o elemento que puder ser compatibilizado com outros elementos de concretização diretamente referidos à normas, como, *e.g.*, os elementos metodológicos em sentido estrito (gramatical, sistemático, histórico, genético).

Uma segunda possibilidade de conflito é aquela entre os *elementos não-diretamente referidos a normas e os elementos diretamente referidos a normas*. A preferência pelos

---

[421] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 100.

[422] Segundo o Min. Luiz Fux: "Estamos seguindo países como Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Portugal, Espanha e demais países do mundo" (JOTA. **Barroso sobre 2ª instância**: STF deve escolher 'interpretação que sirva melhor ao país'. Local de publicação: https://www.jota.info. Publicado em: 16/10/2019. Disponível em: https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-sobre-2a-instancia-stf-deve-escolher-interpretacao-que-sirva-melhor-ao-pais-16102019. Acesso em: 17 dez. 2019).

elementos diretamente referidos a normas em detrimento dos *elementos não diretamente referidos a normas* é normativa e decorre da Constituição[423]. Os agentes do estado estão vinculados à lei e à Constituição (art. 93, inciso IX, CF). Natural, portanto, que prevaleçam os elementos que estão diretamente ligados ao ordenamento jurídico vigente.

Uma terceira modalidade de conflito se dá no interior dos elementos de concretização diretamente referidos às normas. As possibilidades são as seguintes: (i) elementos dogmáticos referidos à normas *vs.* elementos metodológicos e do âmbito da norma: os segundos têm preferência, sempre que se puder comprovar que as normas de decisão veiculadas pela dogmática são incompatíveis com a norma de decisão concretizanda, elaborada a partir do mesmo texto de norma[424]; (ii) elementos do âmbito da norma *vs.* elementos metodológicos *strictiore sensu*: já restou assentado que os elementos do âmbito da norma possuem a mesma posição hierárquica que os elementos de interpretação textual, necessários para a concretização da norma jurídica e da norma de decisão. Ocorre, porém, que os elementos metodológicos exercem também uma função negativa no processo de concretização. Compete a eles, por meio do programa da norma, determinar o limite dos resultados admissíveis. Desta forma, os elementos metodológicos prevalecem em caso de eventual conflito; (iii) conflitos entre os elementos metodológicos *strictiore sensu:* em caso de conflito entre os referidos elementos de interpretação, prevalecem os elementos ligados a normas (gramatical e sistemático), em prejuízo dos elementos ligados a não-normas (genético e histórico). Caso a preferência fosse atribuída aos elementos genéticos e históricos (a "vontade subjetiva do legislador"), a decisão seria tomada por meio de um texto não-normativo (anais, debates parlamentares, legislação revogada) em detrimento de um texto normativo. Um texto normativo vigente seria derrotado por um texto histórico. Essa prevalência decorre, assim, de imperativos do estado de direito a que estão submetidos todos os titulares de funções estatais: a necessária vinculação à lei e à Constituição. Nos dizeres de Müller, "em caso de dúvida, portanto, os resultados parciais das interpretações gramatical e sistemática precedem os dos outros elementos de concretização"[425].

Finalmente, há a possibilidade de um conflito entre o elemento gramatical e o elemento sistemático. Nessa hipótese, Müller defende que a contradição não pode ser resolvida por uma "regra de ouro", generalizável para todos os casos. Em caso de eventual conflito, devem entrar

---

[423] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 100.
[424] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 101.
[425] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 102.

em jogo os outros elementos de concretização, como pontos de vista auxiliares para a resolução do caso concreto. Uma antinomia se dá nos casos em que um texto de norma "A", pertinente ao caso concreto, se choca com o texto de outras normas "B", "C", "D" não pertinentes ao caso, mas que foram aduzidas pela via da interpretação sistemática. Müller sustenta que, nesses casos, o elemento gramatical tem preferência, na sua função limitadora, como limite às possibilidades de concretização. Todavia, podem existir antinomias aparentes, como quando o elemento gramatical permite a eleição de duas possibilidades. Nessa hipótese, a opção poderá ser efetuada em diálogo com o elemento sistemático. Não haveria, assim, uma verdadeira antinomia entre os elementos de concretização, mas uma relação de complementariedade.

Alguns exemplos de conflitos entre o elemento gramatical e o elemento sistemático podem ser citados: no Mandado de Segurança n.º 3.2326, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal – STF, concedeu liminar para suspender os efeitos da deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados, que decidiu pela não cassação do mandato do então Deputado Federal Natan Donadon[426]. O deputado havia sido condenado previamente pelo STF a 13 anos, 4 meses e 10 dias de prisão, pelos crimes de formação de quadrilha e peculato. O MS n.º 3.2326 foi impetrado pelo deputado federal Carlos Sampaio (PSDB-SP), que questionava o processo legislativo para deliberação quanto à perda do mandato. O deputado propunha uma interpretação sistemática dos seguintes dispositivos constitucionais: arts. 53, §§ 1º e 3º e 55, inciso VI, § 2º, CF[427]. Para o deputado, a nova redação do art. 53, §§ 1º e 3º (Emenda Constitucional n.º 35/2001) teria acarretado uma mutação do alcance e sentido do art. 55, CF. Esses textos deveriam ser contrapostos ao texto de norma pertinente, qual seja, o art. 55, inciso VI, § 2º, CF[428].

---

[426] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 3.2326**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 03/09/2013 PUBLIC 04/09/2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=167093854&ext=.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

[427] "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. [...] § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação" (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020).

[428] "Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. [...] § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa" (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020).

No início da fundamentação da decisão, o Min. Luís Roberto Barroso diferenciou "casos fáceis" de "casos difíceis". Após, dissertar que precedentes do STF e a doutrina exigiam a votação do plenário, afirmou que o caso *sub judice* era um caso fácil: "Com o respeito devido e merecido aos que pensam diferentemente, não considero que se esteja diante de um caso difícil, do ponto de vista técnico. O art. 55, VI e § 2º trazem em si a solução do problema"[429]. Para além disso, o Min. Barroso desenvolveu uma interpretação semântica, histórica, sistemática e teleológica, para reafirmar que competiria a respectiva Casa decidir pela cassação. Entretanto, depois de todas essas considerações, de maneira surpreendente, o Min. Barroso afirmou que: "sem prejuízo dessas considerações, entendo que a regra geral do art. 55, VI e § 2º não se aplica na hipótese aqui analisada"[430]. Segundo a decisão, existiria uma "exceção objetiva à regra geral". Com base na interpretação sistemática dos arts. 55, inciso III e 56, inciso II, CF, afirmou que seria possível cogitar de uma perda automática do mandato, em todos os casos de prisão em regime fechado cujo prazo ultrapassasse um terço das sessões ordinárias, ou, no máximo, 120 (cento e vinte) dias. Em conclusão, o Min. Luís Barroso decidiu que o art. 55, inciso VI, § 2º, não se aplicava ao caso, pois a condenação em regime inicial fechado era por tempo superior ao prazo restante do mandato parlamentar. Nessas situações não haveria possibilidade jurídica e física do Deputado Federal exercer o seu mandato.

No caso concreto, o Min. Barroso efetuou a interpretação sistemática de dois dispositivos constitucionais (arts. 55, inciso III e 56, inciso II, CF) para afastar a aplicação do art. 55, inciso VI, § 2º, CF. Nos termos da metódica estruturante, isso não seria possível. O aspecto gramatical do texto de norma do art. 55, inciso VI, § 2º, CF parece não deixar margem para duas possibilidades interpretativas. Trata-se de uma regra com caráter definitivo: sempre que um parlamentar sofrer condenação criminal transitada em julgado, independentemente do regime de cumprimento da pena, deverá ser submetido à votação da respetiva casa, para apreciação da perda do mandato. É curioso que o Min. Barroso desrespeitou sua própria teoria. Em obra acadêmica anterior à decisão, defendeu que a interpretação semântica opera como

---

[429] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 3.2326**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 03/09/2013 PUBLIC 04/09/2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=167093854&ext=.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

[430] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 3.2326**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 03/09/2013 PUBLIC 04/09/2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=167093854&ext=.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

limite máximo da interpretação, ou seja, não se pode decidir além do que foi estabelecido democraticamente[431].

4.6 A OBJETIVIDADE POSSÍVEL

O objetivo da metódica estruturante é permitir uma avaliação racional das questões levantadas. A progressiva estruturação do texto de norma em norma jurídica e, posteriormente, em norma de decisão, tem uma boa chance de estar à altura dos padrões do Estado de Direito para uma decisão jurídica correta[432]. O objetivo é uma exposição sistemática da estrutura da norma, do fenômeno normativo. Trata-se de oportunizar uma exposição racional dos motivos determinantes da decisão de uma maneira clara e transparente, com a identificação da estrutura normativa pertinente ao caso[433]. Nas palavras de Müller, "a busca por critérios alegadamente absolutos não tem grande utilidade científica, mas sim a busca por distinções graduais, o mais exatas possíveis, adequadas à realidade"[434]. A metódica estruturante expressamente admite que não pode garantir a precisão da operação jurídica ou a correção dos resultados em cada caso individual.

A formulação do programa normativo e do âmbito normativo, a criação da norma jurídica no caso concreto, depende da situação real e do intérprete/decisor envolvido. A teoria estruturante do direito não acredita em um programa normativo e um âmbito normativo unívocos, ou mesmo no desprezo das singularidades do intérprete/decisor envolvido. O programa normativo e o âmbito normativo são obviamente criados pelo intérprete[435]. Não se pode obscurecer a responsabilidade pessoal do intérprete/decisor no Estado de Direito. Uma

---

[431] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 127-130.

[432] Nas palavras de Müller: "Utilizados com a precisão possível e necessária, os conceitos operacionais aqui desenvolvidos formam um claro impedimento ao pensamento antecipado orientado só para resultados e interesses à comutação de interesses particulares pela declaração metodologicamente justificável do direito atualmente em vigor" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 81. No prelo).

[433] FERRAZ, Sérgio Valladão. **Hermenêutica constitucional**: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais. 1. ed. Joinville: Bildung, 2015, p. 58.

[434] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 15. No prelo.

[435] "O *sujeito* desses procedimentos operacionais de coleta, seleção, ponderação, descarte de recursos individuais de concretização é o jurista atuante e, como deveria estar claro, não, por exemplo, um automatismo da questão ou 'o' âmbito normativo, 'o' programa normativo" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 152. No prelo).

das críticas dirigidas à teoria estruturante do direito é a falta de determinação quanto ao processo de formulação do âmbito normativo.

Müller reconhece parcialmente a crítica, mas aponta que outros conceitos aceitos pela ciência jurídicas são igualmente vagos. Segundo o autor: "[...] essa questão deveria ser colocada para todos os conceitos da teoria do direito e da metódica jurídica e deveria se tentar fazer comparações que aprofundassem o tema"[436]. De fato, a teoria do direito é prenhe de conceitos controversos, sem que ninguém advogue a não utilização deles. Como exemplo, podemos citar a analogia e o afastamento de normas para evitar "iniquidades". Quando a analogia pode ser utilizada? O que são iniquidades? Müller coloca no mesmo barco os elementos de interpretação elaborados por Savigny. Segundo o autor: "a tradição determinou a relação entre eles de forma bastante insuficiente"[437]. De fato, não faltam assertivas que prescrevem o uso concomitante de todos os elementos de interpretação. Todavia, como isso deve ser feito? Eventuais problemas da teoria estruturante do direito não devem acarretar a manutenção de um positivismo jurídico que não mais se sustenta de um ponto de vista interpretativo.

A estrutura da norma e os distintos conceitos propostos pela teoria estruturante do direito não são capazes de eliminar a controvérsia entre os juristas. Todavia, objetivam permitir o controle, a discussão e a análise dos elementos de concretização efetivamente utilizados[438]. Trata-se de algo muito mais palpável e democrático do que a "correção do direito pela moral", diuturnamente realizada pelo Judiciário brasileiro. Como observado por Jeanine Nicolazzi Philippi e Macell Cunha Leitão, os juízes vêm "corrigindo" o direito positivo pelos seus próprios critérios morais, lançando mão de uma suposta teoria dos princípios, utilizada para flexibilizar o ordenamento jurídico, "em um trabalho contínuo de interpretação das normas positivadas que permite a reconstrução das ordens jurídicas em vigor através das decisões judiciais"[439]. Contra esse estado de coisas a metódica pode servir como barreira.

Como visto, a metódica estruturante trabalha pela aproximação da decisão aos *elementos diretamente referidos aos textos de normas*, ao estabelecer regras de preferência que deverão ser observadas pelo intérprete/decisor. Essas regras decorrem do estado de direito e da necessária submissão à lei e à Constituição. Segundo Müller:

---

[436] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 165. No prelo.

[437] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 178. No prelo.

[438] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 173. No prelo.

[439] PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi; LEITÃO, Macell Cunha. O discurso moralista no judiciário: uma leitura a partir da intersecção entre o direito e a psicanálise. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 289-311, jul/dez. 2017, p. 302-303.

> O postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal "absoluto"; pode no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão, e como postulado da sua adequação material [Sachgerechtigkeit] no sentido da *caracterização material* de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização[440].

4.7 APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA E METÓDICA ESTRUTURANTES: O CASO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO

Uma crítica pertinente e recorrente é a de que trabalhos científicos sobre interpretação constitucional no Brasil costumam realizar uma mera catalogação de distintos métodos em longas e abstratas exposições teóricas, sem a necessária demonstração da aplicabilidade dos métodos jurídicos. Os trabalhos se limitam a expor o delineamento teórico, sem um único exemplo prático de utilização dos conceitos e métodos. Contra essa crítica o presente tópico pretende ser um antídoto[441].

A escolha do caso acima mencionado decorre de minha atividade profissional, voltada parcialmente para a defesa de municípios prejudicados por atos administrativos perpetrados pela ANP – Agência Nacional de Petróleo e Gás Natural e Biocombustíveis. Nesse sentido, alguns processos judiciais já foram utilizados como laboratório para a exposição da teoria e metódica estruturantes. Nas linhas abaixo é fornecido um sintético exemplo dos ensinamentos de Müller para a solução de casos concretos.

Para efeito expositivo, analisaremos o caso dos municípios dotados de parques de armazenamento de petróleo e gás natural. São exemplos os municípios de Osório/RS e Guararema/SP[442]. Os referidos munícipios sempre receberam *royalties* do petróleo até que, em meados de 2001, a ANP, por meio da Portaria n.º 29/2001[443] e da Nota Técnica SPG 01/2001, resolveu reclassificar "as instalações de embarque e desembarque de petróleo". Os

---

[440] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 65.

[441] SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 117-118.

[442] Uma análise jurídica dos mesmos municípios, a partir da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados e da metódica estruturante, é realizada por Rodrigo Bornholdt. Ver: BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. Interesse Público, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

[443] BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria ANP n.º 29, de 22 de fevereiro de 2001**. Disponível em: http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/portarias-anp/tecnicas/2001/fevereiro&item=panp-29--2001&export=pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

denominados "parques de armazenamento" ou "parques de tancagem" deixaram de ser qualificados como *instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural*. Desta forma, a ANP determinou o fim do pagamento de *royalties* de petróleo e gás natural aos referidos municípios, sem o devido processo administrativo, por entender que devem ser consideradas instalações de embarque e desembarque apenas: (i) as estações terrestres coletoras de campos produtores e de transferência de petróleo ou gás natural; (ii) as monobóias, (iii) os quadros de bóias múltiplas; (iii) os quadros de âncoras; (iv) os píeres de atracação, e; (v) os cais acostáveis destinados ao embarque e desembarque de petróleo ou gás natural.

O trabalho de concretização deve iniciar a partir das circunstâncias reais do caso e do conjunto total de textos normativos. A segunda etapa do processo de concretização consiste na eleição das hipóteses de textos normativos à luz das circunstâncias específicas do caso.

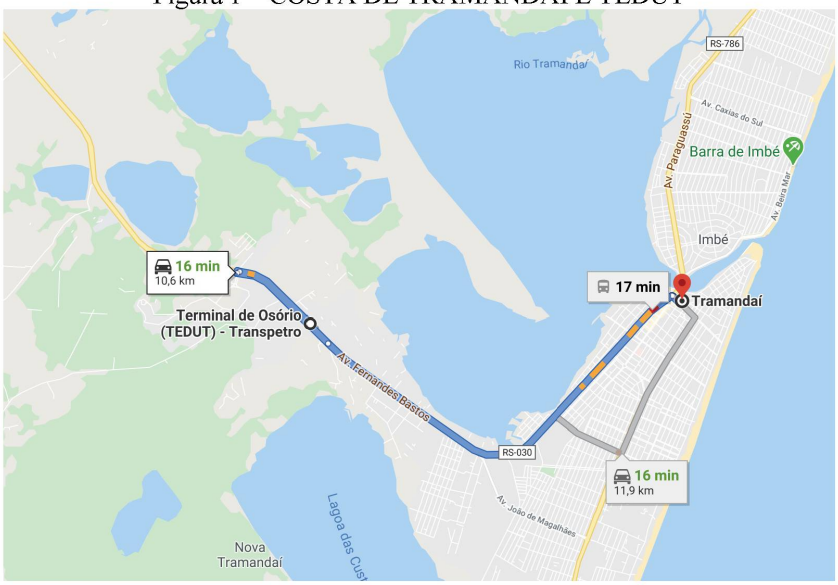
Quais são as circunstâncias fáticas? Quais elementos da realidade devem ser considerados para a posterior formulação do âmbito normativo? Conforme já visto, é necessário filtrar os dados empíricos que possam ter relação com os textos de normas envolvidos. O Município de Osório é portador do Terminal Marítimo Almirante Soares Dutra – TEDUT, onde se encontra o referido "parque de tancagem". O TEDUT suporta 19 tanques de armazenamento, sendo 7 (sete) para petróleo em estado bruto, com capacidade total de aproximadamente 504 (quinhentos e quatro) milhões de litros, uma sala de controle (que monitora todo o terminal), um laboratório químico e uma oficina de manutenção. Conforme demonstra a "Figura 1", o TEDUT encontra-se situado às margens do Rio Tramandaí e da Lagoa das Custódias. Um acidente ambiental, como um vazamento ou uma explosão, afetará parte considerável do território do município. Segundo visita técnica realizada pela própria ANP: "o petróleo e seus derivados chegam pelas linhas submarinas das monobóias no litoral de Tramandaí e segue por um oleoduto de 8km até o Terminal de Osório"[444]. Em síntese, o Município de Tramandaí/RS possui monobóias (situadas a quatro e seis quilômetros da costa), que permitem a descarga de petróleo dos navios. Esse petróleo percorre 8km até o parque de tancagem de Osório. Na hipótese de inexistência dos equipamentos de Osório, o petróleo descarregado nas monobóias de modo algum chegaria à refinaria Alberto Pasqualini, em Canoas/RS. Ocorre que Tramandaí recebe *royalties* do petróleo e Osório não[445].

---

[444] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Autos n.º 5004528-97.2011.404.7100**. p. 312.

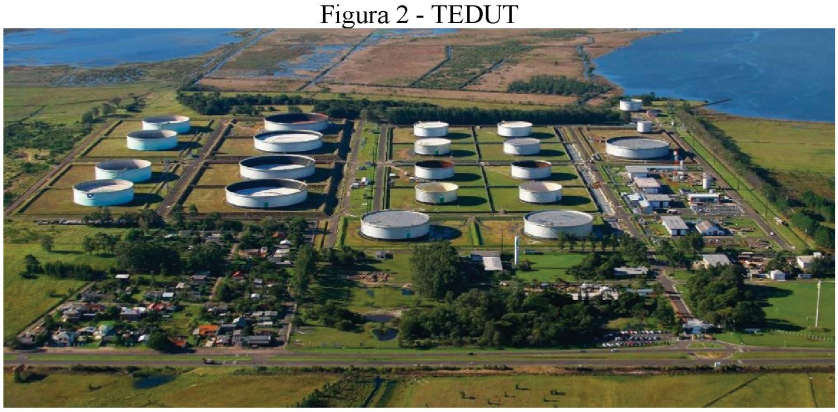
[445] Osório apenas recebe *royalties* de petróleo e gás natural por força de decisões judiciais.

Figura 1 – COSTA DE TRAMANDAÍ E TEDUT



FONTE: Google Maps[446].

Figura 2 - TEDUT



FONTE: Autor.

Some-se a isso outro dado da realidade: o TEDUT é considerado (contraditoriamente) uma instalação que realiza o embarque e desembarque de petróleo, conforme o "Guia dos *royalties* do petróleo e gás natural", editado pela própria ANP: "12.4.3 – Estação ou parque de armazenamento de petróleo significa o conjunto de instalações terrestres, contendo tanques de armazenamento de petróleo, com a finalidade de receber, armazenar e transferir petróleo"[447].

---

[446] GOOGLE MAPS. **Rota do Terminal de Osório (TEDUT) até Tramandaí.** Disponível em: https://www.google.com.br/maps/dir/Terminal+de+Osório+(TEDUT)+-+Transpetro,+RS-030+-+Bairro+Petrobras,+Tramandaí+-+RS,+95590-000/Tramandaí,+RS/@-29.993503,-50.1868495,14z/data=!3m1!4b1!4m14!4m13!1m5!1m1!1s0x95186d78651c5929:0xb2c7fba053c6282d!2m2!1d-50.1939326!2d-29.9878642!1m5!1m1!1s0x95187322c7228a43:0xb50ad3eaf3d74fb1!2m2!1d-50.132682!2d-29.9846393!3e0. Acesso em: 6 jun. 2020.

[447] BARBOSA, Décio Hamilton (Coord. Geral). **Guia dos royalties do petróleo e do gás natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 108. Ocorre que a ANP exige que o parque de armazenamento receba petróleo *diretamente* de um ou mais campos produtores, para, posteriormente, transferi-lo para adiante, para qualificá-lo como instalação de embarque ou desembarque de petróleo.

A segunda etapa do processo de concretização prevê a eleição de potenciais textos normativos peculiares ao caso. Quais as hipóteses de textos normativos vinculados ao caso concreto? A pré-compreensão jurídica do intérprete aponta para os arts. 20, § 1º, e 225, § 2º, CF, os arts. 48 e 49 da Lei n.º 9.478/97, o art. 7º da Lei n.º 7.990/1989 e o art. 19 do Decreto n.º 01/1991. Estabelecem os dispositivos normativos:

> Art. 20. São bens da União: [...] § 1º É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração[448].
>
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei[449].
>
> Art. 48. A parcela do valor do *royalty*, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do artigo anterior, será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. (Vide Lei nº 10.261, de 2001) (Vide Decreto nº 7.403, de 2010)[450].
>
> Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: [...] II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental: [...] d) sete inteiros e cinco décimos por cento aos *Municípios que sejam* ***afetados*** *pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP*"[451];
>
> Art. 7º O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios: I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores; II - 20% (vinte por cento) aos

---

[448] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[449] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[450] BRASIL. **Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 6 jun. 2020. Dispositivo em vigor por conta da liminar concedida na ADI n.º 4917.

[451] BRASIL. **Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 6 jun. 2020. Grifos nossos.

> Municípios produtores; **III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural**. [...] § 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e **0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque**; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios. [...] § 6º Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração de petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à compensação financeira prevista no caput deste artigo"[452]. (grifos nossos)

> Art. 19. **A compensação financeira aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural** será devida na forma do disposto no art 27, inciso III e § 4º da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, na redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, consideram-se como instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural, as monobóias, os quadros de bóias múltiplas, os píeres de atracação, os cais acostáveis e as ***estações terrestres coletoras de campos produtores e de transferência de óleo bruto ou gás natural***[453]. (grifos nossos)

Os cânones clássicos de interpretação servem para a formulação do programa da norma. A interpretação gramatical do texto dos arts. 7º da Lei n.º 7.990/89 e 19, do Decreto n.º 01/91, já seria suficiente para garantir o direito ao recebimento dos *royalties* do petróleo, nos termos do art. 48 da Lei n.º 9.489/97 (até 5% da produção). Ambos os textos concedem o direito ao Município em que de localize "instalações marítimas ou terrestres de embarque e desembarque de óleo bruto e/ou gás natural"[454]. Como visto, Osório possui uma estação que

---

[452] BRASIL. **Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7990.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[453] BRASIL. **Decreto n.º 1, de 11 de janeiro de 1991**. Regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0001.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[454] Rodrigo Bornholdt sustenta que, em um caso diverso, a interpretação literal dos dispositivos acima mencionados colocaria em dúvidas o direito ao recebimento dos *royalties* do petróleo àqueles municípios em que não há propriamente operação de embarque e desembarque de petróleo, *e.g.*, municípios simplesmente portadores de oleodutos. Outra possibilidade de exclusão pela literalidade: municípios portadores de oleodutos que não transportam óleo bruto, mas apenas derivados do petróleo. Vide: BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. **Interesse Público**, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 119. É o caso, por exemplo, do município de Guaramirim/SC, portador do terminal de Guaramirim/SC e atravessado por oleoduto. O referido Terminal recebe, por sangria, *óleo diesel ambiente, gasolina, álcool anidro e hidratado* do Oleoduto Paraná e os distribui até o Terminal de Biguaçu/SC. Vide: PETROBRAS. **Terminal Guaramirim**. http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/terminais-e-oleodutos/terminal-guaramirim.htm. Acesso em: 14 dez. 2019.

recebe óleo bruto das monobóias de Tramandaí. Igualmente, a interpretação gramatical do texto do art. 49, inciso II, alínea "d", da Lei n.º 9.478/97, garante o pagamento de *royalties* aos municípios que sejam *afetados* pelas operações de embarque e desembarque de petróleo (acima de 5% da produção).

O tecnicismo da ANP, manifestado na Portaria n.º 29/2001, não poderia desconsiderar a *teleologia* das normas: contemplar com *royalties* do petróleo os municípios: (i) cujas instalações promovam atividades que são inegavelmente de embarque e desembarque de petróleo; (ii) que sofram os impactos ambientais das atividades de embarque e desembarque de petróleo (afetados). Nesse particular, o *elemento genético* funde-se ao *elemento teleológico*. Como visto anteriormente, a metódica estruturante do direito exige comprovação documental. Rejeita-se a atribuição de *finalidades* não documentadas. No caso concreto, o Projeto de Lei n.º 1.678/96, apensado ao Projeto de Lei n.º 2.142/96, que originou a Lei n.º 9.478/99, previa a concessão: (i) de 1% de *royalties* "aos Municípios em que se localizem instalações aquaviárias ou terrestres de carga e descarga, de bombeamento e transferência ou de armazenamento de petróleo, xisto betuminoso e gás natural"[455]; (ii) de 1% de *royalties* "aos Municípios localizados em **áreas de impacto ambiental das atividades exercidas nas instalações descritas no inciso anterior** e do transporte por dutos de petróleo e gás natural"[456]. A redação final da Lei n.º 9.478/97 terminou por fundir as duas possibilidades em uma única hipótese: "sete inteiros e cinco décimos por cento **aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural**, na forma e critério estabelecidos pela ANP"[457]. O Projeto de Lei n.º 1.678/96 ainda especificava que os Municípios agraciados com *royalties*: "deverão destinar no mínimo 30% (trinta por cento) do total da compensação financeira a eles devida pela exploração desses produtos para aplicação em serviços de infra-estrutura (sic), saneamento básico e aquisição e manutenção de equipamentos para a proteção ambiental e

---

[455] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado da Lei n.º 9.478/1997**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B4F1D16296BD0E1ED639B3BB5674C8B6.proposicoesWebExterno2?codteor=1131813&filename=Dossie+-PL+2142/1996. Acesso em: 20 maio 2020.

[456] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado da Lei n.º 9.478/1997**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B4F1D16296BD0E1ED639B3BB5674C8B6.proposicoesWebExterno2?codteor=1131813&filename=Dossie+-PL+2142/1996. Acesso em: 20 maio 2020. Grifo nosso.

[457] BRASIL. **Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 6 jun. 2020. Grifo nosso.

prevenção de acidentes decorrentes das atividades da indústria petrolífera"[458]. Na justificativa do projeto, o então deputado Luciano Zica afirmou: "se houve a ampliação do montante a ser pago a título de compensação financeira e do número de seus recebedores, ampliadas foram também as responsabilidades de cada um deles, mormente no tocante à proteção de meio ambiente e à fiscalização, prevenção e controle dos acidentes ecológicos possivelmente advindos das atividades relativas à indústria petrolífera"[459]. Há, portanto, ampla comprovação documental no sentido do que deve ser entendido como "afetação".

O elemento histórico é capaz de demonstrar objetivamente que legislações anteriores tinham a preocupação de compensar os municípios prejudicados pela exploração do petróleo. O art. 27, § 3°, da Lei n.° 2.004/53 e, posteriormente o art. 27, § § 3° e 4°, da Lei n.° 2.004/53, na redação dada pela Lei n°. 3.257, de 1957, o art. 27 da Lei n.° 2.004/53, na redação dada pela Lei n.° 7.453, de 1985, e o art. 27 da Lei n.° 2.004/53, na redação dada pela Lei n° 7.990, de 1989, determinavam o pagamento de compensação/indenização aos municípios onde se localizassem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque. Quase todos os dispositivos vinculavam parcialmente a receita dos *royalties*. Na alteração promovida em 1985, a legislação estabelecia que os Municípios deveriam aplicar os recursos, preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio-ambiente e saneamento básico. Como se sabe, a presença da indústria do petróleo gera consequências nos municípios, não só ambientais, como também sociais. Daí a necessidade de investimentos em abastecimento, saneamento básico, saúde etc.

A partir da análise conjunta das circunstâncias do caso e do texto normativo, deve ser realizada a construção do âmbito de norma. Os elementos gramatical, genético e teleológico, que ajudaram na formulação do programa da norma, demonstram a necessidade de inserção de dados reais na estrutura da norma. Argumentos e pontos de vista fáticos filtrados pelo programa normativo devem compor o âmbito de norma. Assim, é necessário perquirir o âmbito normativo de "afetação" (art. 49, inciso II, alínea "d", da Lei n.° 9.478/97). O que significa afetação? À luz do programa da norma, a afetação pressupõe alguns elementos de realidade: (i) possíveis impactos ambientais e/ou paisagísticos; (ii) alteração da vocação socioeconômica do município,

---

[458] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado da Lei n.° 9.478/1997**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B4F1D16296BD0E1ED639B3BB5674C8B6.proposicoesWebExterno2?codteor=1131813&filename=Dossie+-PL+2142/1996. Acesso em: 20 maio 2020.

[459] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado da Lei n.° 9.478/1997**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B4F1D16296BD0E1ED639B3BB5674C8B6.proposicoesWebExterno2?codteor=1131813&filename=Dossie+-PL+2142/1996. Acesso em: 20 maio 2020.

em vista da instalação do aparato da indústria do petróleo, com todas as consequências econômicas e sociais daí advindas.

Município afetado por operações de embarque e desembarque de petróleo é, no mínimo, aquele que sofre o risco de sofrer um dano ambiental[460]. Sob a ótica ambiental, a produção de petróleo gera uma série de modificações no meio ambiente. A atividade de exploração é capaz de gerar o derramamento de óleo, o desmatamento, o impacto sobre ecossistemas marinhos e terrestres. Ademais, a indústria do petróleo e gás natural figura como potencial poluidora de praias, costões rochosos, manguezais, águas oceânicas, água dos rios, bem como pode ser responsável pela extinção de espécies, esgotamento de jazidas, lançamento de resíduos, aterramento de mananciais etc[461].

Outra possibilidade de *afetação* é o município sofrer riscos sociais, decorrentes da instalação do aparato da indústria do petróleo. Nesse particular, dados empíricos *podem* e *devem* ser utilizados para comprovar eventual a afetação. O *impacto social* decorrente dos investimentos em petróleo e gás é enfatizado por Leal e Serra:

> O processo de implantação e execução das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, como qualquer projeto de investimento de grande vulto, gera elevação extraordinária do nível de emprego e renda local e regional e, portanto, aumento igualmente extraordinário da demanda por serviços públicos e de infra-estrutura em geral[462].

Pode-se citar como exemplos as cidades de Macaé e Cabo Frio, no Rio de Janeiro, que tinham, na década de 70 (antes da chegada da Petrobras), respectivamente 47.328 e 29.768 habitantes e, atualmente, possuem 169.229 e 162.191 moradores[463]. A exploração de petróleo e gás natural comprovadamente resulta na migração de pessoas com os mais variados graus de escolaridade e tipos de qualificação. A migração em busca de oportunidades traz variados problemas, dentre eles: especulação imobiliária, ocupação desordenada do solo, ocupação de

---

[460] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. **Interesse Público**, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 120.

[461] LOPES, Carlos Ferreira. **Ambientes costeiros contaminados por óleo: procedimentos de limpeza – manual de orientação**. São Paulo: Secretaria de Estado do Meio Ambiente, 2007. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/emergencias-quimicas/wp-content/uploads/sites/22/2017/02/ambientes-costeiros.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020, p. 5 e ss.

[462] LEAL, José Agostinho Anachoreta; SERRA, Rodrigo Valente. A experiência do Alaska. **Petróleo, Royalties e Região**. Campos dos Goytacazes, a. I, n. 2, dez. 2003, p. 6-7. Disponível em: https://royaltiesdopetroleo.ucam-campos.br/wp-content/uploads/2017/03/boletim-2003-12.pdf. Acesso em: 18.06.2020.

[463] MARSICO, Juliana. **Petróleo e gás na Bacia de Campos (RJ)**: percepção dos impactos ambientais pela população. Dissertação de Mestrado – Departamento de Ecologia, UFRJ, 2008. Disponível em: http://livros01.livrosgratis.com.br/cp094444.pdf. Acesso em: 25 maio 2020, p. 39.

áreas de riscos com inundação e deslizamentos, aumento da violência, aumento da criminalidade, pressão nos serviços de saúde, educação, assistência social, trânsito/transportes, etc.[464] Esses dados reais devem compor o âmbito normativo. Trata-se de uma facticidade filtrada pelo programa da norma. Argumentos que comprovam uma afetação ambiental e/ou social estão autorizados a serem incorporados na norma jurídica.

Os *royalties* constituem, pois, uma compensação financeira capaz de proporcionar aos estados e municípios, a realização de investimentos em infraestrutura, serviços e pessoal, de modo a minimizar os impactos ambientais e sociais decorrentes da exploração do petróleo e do gás natural. Permite-se, assim, a ampliação da rede de água e esgoto, do número de escolas, postos de saúde etc. Para além disso, os *royalties* constituem uma compensação cuja função é também permitir que os municípios afetados pela exploração de petróleo e gás possam investir em outras atividades econômicas não relacionadas somente ao petróleo, a fim de estimular outros potenciais econômicos do município, mesmo porque o petróleo é um recurso finito[465].

Todos esses dados da realidade podem e devem ser investigados. O programa da norma do art. 49 da Lei n.º 9.478/97 autoriza a utilização, na formulação da norma jurídica, de dados sobre a possível *afetação ambiental e social* do município analisado, por conta da indústria do petróleo. A análise do âmbito da norma deve ser realizada com os recursos aceitos pelas ciências sociais empíricas. Os questionamentos, os critérios para a pertinência dos dados da realidade cofundamentadores da decisão, bem como os limites, serão definidos segundo o programa normativo interpretado linguisticamente[466].

No caso concreto, o risco de dano ambiental em Osório é o mesmo de Tramandaí, que recebe *royalties* por ser portadora de uma monoboia. O risco de vazamento em Osório é idêntico ao risco de vazamento em Tramandaí. O município de Osório está localizado a apenas 8km de distância da monoboia e possui 19 tanques de armazenamento, à beira do Rio Tramandaí e da Lagoa das Custódias. A explosão e/ou vazamento de um tanque pode ter efeito devastador sobre o meio-ambiente. É necessário ponderar, outrossim, que Municípios que estão há quilômetros de distância dos poços produtores recebem compensação pela exploração de petróleo, tão somente pelo fato de serem "confrontantes". Igualmente, municípios que possuem *city gates*

---

[464] MARSICO, Juliana. **Petróleo e gás na Bacia de Campos (RJ)**: percepção dos impactos ambientais pela população. Dissertação de Mestrado – Departamento de Ecologia, UFRJ, 2008. Disponível em: http://livros01.livrosgratis.com.br/cp094444.pdf. Acesso em: 25 maio 2020, p. 25-26.

[465] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. **Interesse Público**, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 125.

[466] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 11. No prelo.

também recebem *royalties*, por força de recente alteração legislativa[467]. Ocorre que os parques de tancagem: (i) são maiores em extensão do que os *city gates*; (ii) recebem e distribuem petróleo bruto; (iii) são indispensáveis para a cadeia de produção, e (iv) mais importante, o risco ambiental dos parques de tancagem, pelo tamanho e proporção, é infinitamente superior ao dos *city gates*.

Conforme preleciona Rodrigo Bornholdt, no caso concreto a "norma jurídica" será composta: "a) pela compreensão de que os *royalties* são uma compensação; b) que se deve interpretar amplamente as hipóteses dadas pela literalidade; c) que essa compensação se dá pelos riscos ou danos ambientais, sociais etc., a que estão sujeitos os municípios que sofrem os efeitos do manejo do petróleo"[468]. Nesse sentido, redige-se a norma de jurídica (*Rechtsnorm*) com o seguinte conteúdo:

> Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, para fins de recebimento de *royalties* de 5% acima da produção, são todos aqueles que, sediando em seus territórios instalações, ou sofrendo os efeitos a elas (instalações) inerentes, são capazes de sofrer um risco ou dano ambiental ou socioeconômico[469].

A norma de decisão regula o caso concreto após o desenvolvimento de todas as particularidades do caso. Assim, pode ser qualificada de norma aplicativa. Como visto, o âmbito normativo não se apresenta como somatório de meros fatos, mas contempla apenas aqueles autorizados sob a perspectiva do programa da norma. O fato bruto de um determinado município portar um oleoduto, por exemplo, não satisfaria o programa da norma dos arts. 48 e 49 da Lei n.° 9.478/97[470].

A norma de decisão permitirá a subsunção, na qualidade de norma aplicativa. Trata-se da parte dispositiva[471]. O conteúdo será assim formulado: (i) premissa maior - municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, para fins de recebimento de *royalties* de 5% acima da produção, são todos aqueles que, sediando em seus territórios

---

[467] O *city gate* é uma instalação onde ocorre a transferência de custódia do gás natural de uma transportadora para uma concessionária distribuidora.

[468] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. **Interesse Público**, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 120.

[469] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. **Interesse Público**, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 120.

[470] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. Interesse Público, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 119.

[471] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 129.

instalações de efetivo embarque e desembarque de petróleo, aí incluídos os parques de armazenamento: a) sofrem os efeitos a elas (instalações) inerentes; b) são, de qualquer modo, prejudicados pelo transporte de petróleo, c) são capazes de sofrer um risco ou dano ambiental ou socioeconômico[472]; (ii) premissa menor – o Município de Osório possui uma instalação de embarque e desembarque de petróleo, consistente num parque de armazenamento e, por consequência disso, sofre com inúmeros riscos ambientais e socioeconômicos[473]; (iii) conclusão – "o Município de Osório é afetado por operações de embarque e desembarque de petróleo, devendo receber os *royalties* acima de 5% da produção, na forma e critério estipulados pela ANP"[474].

4.8 A METÓDICA ESTRUTURANTE COMO CRITÉRIO PARA A ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS: A METÓDICA COMO MODELO DE TRABALHO

A metódica estruturante pode servir como importante instrumento de controle dos argumentos veiculados nas decisões judiciais. Por meio dela é possível avaliar de que modo as decisões respeitaram as diretivas de conteúdo dos textos normativos relevantes. A decomposição analítica das decisões pode servir para verificar em que medida foi preservado o conteúdo normativo e em que medida o texto foi dissolvido por considerações valorativas. Nesse sentido, entram em ação as noções de programa da norma e de âmbito da norma. Na atividade decisória somente podem ser empregados pontos de vista que estejam relacionados ao problema e que sejam admitidos por esses filtros. Argumentos que não podem ser imputados ao programa normativo e/ou não fazem parte do âmbito normativo devem ser desconsiderados. As decisões também devem ser avaliadas levando em consideração os elementos de concretização prevalecentes na fundamentação. É preciso dissecar a *ratio decidendi* tendo em vista a hierarquia dos elementos de concretização propostos por Müller. É inconcebível que, em caso de conflito, "elementos não diretamente referidos aos textos de normas" prevaleçam sobre "elementos diretamente referidos aos textos de normas". A hierarquização dos elementos

---

[472] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. Interesse Público, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 121.

[473] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. Interesse Público, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 122.

[474] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. **Interesse Público**, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 121-122.

de concretização auxilia, assim, na análise das possibilidades de concretização dos textos de normas jurídicas.

Tendo em vista que a metódica estruturante não possui caráter normativo, é evidente que o respeito aos textos de normas, tal qual prelecionado por Müller, depende do comportamento efetivo dos destinatários. A metódica estruturante não é a solução definitiva para a falta de coerência e integridade das decisões[475]. Não se ignora a realidade brasileira, marcada por arroubos autoritários (sobretudo nos tribunais superiores), por um contumaz déficit de fundamentação e, por vezes, pela "criação" de direitos fundamentais[476]. Nesse cenário, o uso da metódica estruturante como parâmetro de controle parece ainda mais significativo. Parcela considerável da doutrina se contenta em descrever o que a jurisprudência "disse". O papel crítico da doutrina é substituído por uma corrida pela "atualização constante". Talvez em busca de um "diferencial competitivo no mercado", a melhor doutrina é aquela que se mantém "atualizada" sobre as últimas decisões dos tribunais. Legitima-se, assim, qualquer prática do Judiciário, inclusive aquelas decisionistas, realistas, pragmatistas ou moralistas. O protagonismo judicial é chancelado acriticamente[477].

A presente seção pretende analisar a questão de ordem no recurso extraordinário com agravo n.º 1.054.490/RJ[478], sob a ótica da metódica estruturante. O objetivo é desconstruir os argumentos utilizados, a fim de verificar: (i) a correção da norma de decisão formulada para o caso; (ii) a pertinência dos pontos de vista utilizados na fundamentação, tendo em vista os textos normativos eleitos como relevantes. A seção trabalha analiticamente com o voto elaborado pelo

---

[475] Registre-se a falta de coerência do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança n.ºs 34.070, 34.071, 34.609 e 34.615. Em todos os casos discutia-se suposto desvio de finalidade. A principal alegação é a de que a nomeação de Luís Inácio Lula da Silva (MS n.ºs 34.070 e 34.071) e Moreira Franco (MS n.ºs 34.609 e 34.615) configurariam desvio de finalidade, pois teriam como objetivo garantir prerrogativa de foro, supostamente obstruindo as investigações criminais no âmbito da operação Lava-Jato, bem como impedindo prisões. O Min. Celso de Mello, relator dos Mandados de Segurança n.ºs 34.609 e 34615, decidiu que a mera outorga da condição de ministro de Estado não garante imunidade ao seu ocupante, e que a prerrogativa de foro "não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular". Dessa forma, indeferiu os pedidos. De outro lado, nos Mandados de Segurança n.ºs 34.070 e 34.071, o Min. Rel. Gilmar Mendes deferiu medida liminar para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro chefe da Casa Civil. Segundo o Min. Gilmar Mendes, a nomeação seria uma falsidade, com a finalidade de "impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância". Ocorre que, à época dos fatos, sequer existia ordem de prisão contra o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva.

[476] Vide o "princípio da afetividade", consagrado pelos Tribunais.

[477] Dado esse estado de coisas, é sintomático que o curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Paraná tenha inserido na bibliografia para o ingresso no doutorado o livro "o que é ideologia?", de Marilena Chauí. Conforme ressalta Streck, ideologizamos a aplicação da lei no Brasil (STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10).

[478] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

Min. Relator Luís Roberto Barroso e o parecer formulado pela Procuradoria Geral da República. Nesse desiderato, a seção apresenta os pontos de vista compreendidos como relacionados com o problema, indicando um possível programa da norma, âmbito normativo e norma jurídica para o caso concreto.

O litígio tem como objeto um requerimento de registro de candidatura avulsa, isto é, sem filiação partidária, aos cargos de prefeito e vice-prefeito da cidade do Rio de Janeiro/RJ, nas eleições de 2016. As respectivas candidaturas foram indeferidas sob a justificativa de que o art. 14, § 3°, inciso V, CF, veda candidaturas avulsas, ao estabelecer a filiação partidária como condição de elegibilidade. Os recursos interpostos no Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro – TRE/RJ e no Tribunal Superior Eleitoral – TSE, foram rejeitados sob a mesma justificativa. No agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão denegatória do recurso extraordinário, os recorrentes sustentaram que a norma deveria ser interpretada segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – PSJCR), que estabelece como direito do cidadão "votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores"[479]. Para além disso, sustentaram violação aos arts. 1°, incisos II, III e V; 4°, inciso II; 5°, inciso XX e §§ 1° e 2°, da Constituição Federal.

O Min. Luís Roberto Barroso atuou como relator do agravo em recurso extraordinário. No julgamento realizado em 05.10.2017, o Ministro colocou previamente duas questões de ordem: (i) a perda (ao menos parcial) de objeto do caso concreto impediria o reconhecimento da repercussão geral?; (ii) o debate sobre a viabilidade constitucional das candidaturas avulsas teria repercussão geral?

O Tribunal, nos termos do voto do relator, resolveu a questão de ordem por ele suscitada, no sentido de superar-se a prejudicialidade do recurso, vencidos, nesse ponto, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, e, por unanimidade, atribuiu repercussão geral à questão constitucional constante dos autos. O Min. Dias Toffoli não participou da sessão. É importante ressaltar que a perda de objeto do agravo foi intensamente discutida. Isso porque, a eleição municipal em que se pleiteava o registro das candidaturas havia ocorrido em 2016. Com a realização das eleições e a posse dos candidatos, eventual direito de registro das candidaturas teria sido liquidado. Em

---

[479] SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (1969). Disponível em: www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

consequência, eventual admissão da prejudicialidade do agravo deveria acarretar na impossibilidade de reconhecimento da repercussão geral.

O dispositivo que rege o tema é o art. 998, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que estabelece: "a desistência do recurso não impede a análise de questão *cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida* e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos"[480]. Da leitura do dispositivo conclui-se que é possível o julgamento de recurso extraordinário em um momento "B", desde que o reconhecimento da repercussão geral tenha ocorrido previamente, isto é, em um momento "A", a despeito de desistência ou perda de objeto do referido recurso extraordinário. Todavia, esse não era o caso. Não havia repercussão geral previamente reconhecida. No momento do julgamento, não havia nem sequer um recurso extraordinário admitido pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não seria aplicável o art. 998, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Porém, nos termos do art. 21, inciso VI, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, compete ao relator decidir monocraticamente sobre o agravo e, da decisão de conhecimento, não cabe recurso (art. 305 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)[481]. Em síntese, caso o Min. relator dê provimento ao agravo, pode posteriormente submeter o recurso à votação sobre a repercussão geral. Conforme se infere dos debates, as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia votaram pela não prejudicialidade do agravo, apenas porque decidiram respeitar a decisão do relator, que entendia que o agravo não estava prejudicado. Nas palavras da Min. Rosa Weber, "na minha compreensão, quem dá provimento ao agravo é o eminente Relator, e eu compreendi que Vossa Excelência deu provimento ao agravo"[482]. O fundamento dos votos das Ministras obedeceu ao seguinte esquema lógico: (i) o relator pode decidir o agravo monocraticamente; (ii) o relator entendeu que o agravo não estava prejudicado; (iii) logo, o agravo deveria ser provido. Desta forma, por 6 (seis) votos a 4 (quatro) a prejudicialidade foi superada. Admitido o agravo, todos os Ministros reconheceram que o debate sobre candidaturas avulsas tem natureza constitucional, *ex vi* do art. 14, § 3°, inciso V, CF, razão pela qual a repercussão geral foi aprovada por unanimidade. Frise-se, por oportuno, que o mérito do Recurso Extraordinário, agora autuado sob o n.° 1238853, ainda não foi

---

[480] BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

[481] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

[482] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

julgado. Em 10.12.2019 ocorreu audiência pública sobre o tema, com a participação de diversos setores da sociedade civil. Desde 22.01.2020 o recurso extraordinário está pendente de julgamento.

Para os fins da presente seção importa analisar: (i) o parecer da Procuradoria Geral da República, e; (ii) o voto do Min. Luís Roberto Barroso; ambos proferidos no agravo em recurso extraordinário de n.º 1.054.490/RJ. É necessário diferenciar os dois projetos de concretização normativa. A Procuradoria Geral da República se manifestou sobre o mérito da questão proposta. De outro lado, embora o Ministro Barroso não tenha analisado o mérito, lançou diversos argumentos que, de alguma forma, antecipam seu futuro julgamento, motivo pelo qual podem ser controlados pela metódica estruturante do direito. É plenamente possível avaliar se os pontos de vista empregados na fundamentação da decisão são apropriados à controvérsia proposta.

O parecer da Procuradoria Geral da República, subscrito pelo então Subprocurador Geral da República, Odim Brandão Ferreira, e pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, sustentou que o conflito entre o art. 14, § 3º, CF e o art. 23, parágrafo 1º, alínea "b", c/c o parágrafo 2º, do Pacto de São José de Costa Rica, deveria ser resolvido em prol da norma de direito internacional[483]. A conclusão do Ministério Público decorreu do art. 23, § 2º, do PSJCR, que não estabelece expressamente o critério "filiação partidária" como motivo para restrição da participação dos candidatos. Vejamos o texto dos dispositivos supracitados:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] V - a filiação partidária[484];
>
> **Artigo 23 - Direitos políticos - 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:** a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; **b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores;** e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. **2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, *exclusivamente* por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma,**

---

[483] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. FERREIRA, Odim Brandão; DODGE, Raquel Elias Ferreira. Parecer. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208032. Acesso em: 8 jun. 2020.

[484] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

> **instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal[485].**

A tese subscrita pela Procuradoria Geral da República obedeceu a seguinte lógica: (i) o art. 5º, § 2º, CF, permite considerar tratados internacionais de direitos humanos como "normas dotadas de hierarquia constitucional"[486]; (ii) o Pacto de São José de Costa Rica é um tratado de direitos humanos, razão pela qual suas normas possuem força e hierarquia constitucional; (iii) há uma antinomia entre o art. 14, § 3º, inciso V, CF e o art. 23, parágrafo 1º, alínea "b" c/c o § 2º; (iv) essa antinomia deve ser resolvida pelo critério da cronologia; (v) o Pacto de São José da Costa Rica é norma posterior (ratificado em 25.09.1992), motivo pela qual deve ser afastada a exigência de filiação partidária.

É curioso que o parecer refute a influência do § 3º na interpretação do § 2º do art. 5º, CF. De acordo com os pareceristas: "do ponto de vista da separação dos poderes [...] parece claro que apenas o Judiciário – especialmente o STF – haveria de resolver o problema"[487]. O Ministério Público pretende, assim, afastar a possibilidade da chamada interpretação autêntica, que seria uma "ilegítima translação da competência do Judiciário, especialmente do próprio STF, para interpretação final da Constituição"[488]. A Procuradoria Geral da República critica a tese de que o § 3º seria a prova definitiva de que o § 2º não garantiria a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos com *status* de norma constitucional. A PGR discorda que apenas os tratados internacionais de direitos humanos incorporados na forma do art. 5º, § 3º, CF, teriam força de emenda constitucional. Nos termos do parecer, "ao não examinar por si mesmo a redação original da Constituição, mas ao lê-la por intermédio da emenda

---

[485] SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (1969). Disponível em: www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm. Acesso em: 6 jun. 2020. Grifos nossos.

[486] De acordo com a Procuradoria Geral da República, "da circunstância de a EC 45 ter resolvido, a seu modo, o problema, em relação às novas convenções votadas pelo quórum exigente, não se segue que deva ser aplicada, por igual, aos casos ocorridos antes de sua vigência". Para a Procuradoria, os fatos ocorridos entre 05.10.1988 e o início da vigência da EC n.º 45/2004 devem ser regidos pelo art. 5º, § 2º, CF. Segundo o parecer, os tratados de direitos humanos têm estatura de emendas à constituição, por força do referido dispositivo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. FERREIRA, Odim Brandão; DODGE, Raquel Elias Ferreira. Parecer. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208032. Acesso em: 8 jun. 2020).

[487] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. FERREIRA, Odim Brandão; DODGE, Raquel Elias Ferreira. Parecer. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208032. Acesso em: 8 jun. 2020.

[488] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. FERREIRA, Odim Brandão; DODGE, Raquel Elias Ferreira. Parecer. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208032. Acesso em: 8 jun. 2020.

constitucional, o STF delegou informalmente ao Congresso Nacional a tarefa de fixar o sentido de um dos pontos essenciais do texto constitucional [...]"[489]. A tese da Procuradoria Geral da República é bastante exótica. Por meio de um juízo de conveniência política, desconsidera a interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, por entendê-la proveniente do Legislativo. O parecer aduz que o STF não pode adotar uma perspectiva sobre o significado da Constituição que seja condizente com as intenções do poder constituinte decorrente. A tese da PGR mostra-se incompatível com a democracia e com as normas previstas na própria Constituição. Conforme sustentam Robert Post e Reva Siegel, o mecanismo mais conhecido e incontroverso para exercer influência sobre o conteúdo da Constituição é o procedimento de emenda à constituição[490]. É legítimo que o povo e o Poder Legislativo resolvam problemas de interpretação da Constituição por meio de emendas. Não há qualquer norma jurídica que proíba essa atividade.

A despeito do mérito do parecer formulado pelo Ministério Público, convém trabalhar a questão sob as diretrizes da metódica estruturante do direito. A primeira exigência para a solução do caso concreto consiste na formulação do "programa da norma". Para tanto, o texto normativo do art. 14, § 3º, inciso V, CF, deve ser trabalhado sob os enfoques: gramatical, lógico, histórico, genético e sistemático.

Numa perspectiva gramatical, o texto de norma não oferece dificuldades sintáticas. O texto afirma que são condições de elegibilidade, na forma da lei: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral na circunscrição; (v) a *filiação partidária*, e; (vi) a idade mínima, a depender do cargo político visado. A Constituição Federal arrola as condições de elegibilidade com a expressão "na forma da lei", pois algumas condições carecem de regulamentação infraconstitucional. Não é o caso dos critérios: (i) nacionalidade brasileira, e; (ii) idade mínima, pois ambos estão regulados na própria Constituição. Essas duas exigências têm aplicabilidade direta e imediata, para usar a consagrada terminologia cunhada por José Afonso da Silva. Nos outros casos, a lei deve regular de que forma a *obrigação* será executada. Por exemplo, de que forma ocorre o alistamento eleitoral. No caso específico da filiação partidária, a lei pode regular *de que forma* ocorrerá a filiação partidária, mas não pode dispensar essa exigência. A filiação partidária é uma

---

[489] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ.** FERREIRA, Odim Brandão; DODGE, Raquel Elias Ferreira. Parecer. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208032. Acesso em: 8 jun. 2020.

[490] POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Tradução de: JARAMILLO, Leonardo García. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 34.

obrigação. Apenas a *forma jurídica* da filiação partidária poderá ser objeto de regulação infraconstitucional.

Frise-se que, do ponto de vista lógico, *obrigação* e *proibição* são intercambiáveis. Se é obrigatória a filiação partidária (O F[491]), logo é proibida a não filiação partidária para aqueles que desejam se candidatar a cargos públicos (Ph ñ F[492]). Nesse sentido, é absolutamente desarrazoada a interpretação veiculada no voto do Min. Luís Roberto Barroso, no sentido de que: "[...] como observado pelos recorrentes, não há na literalidade do texto do art. 14, § 3°, da Constituição vedação expressa à candidatura independente"[493]. Ora, a obrigação explícita de filiação partidária traz consigo a proibição implícita da não filiação partidária. Trata-se de lógica elementar. Nos dizeres de Carlos Eduardo S. Abraão, a *faculdade* de candidatar-se passa pela premissa de filiar-se *obrigatoriamente*[494]. Negar que a Constituição exija a filiação partidária significa ofender a lógica jurídica, bem como ingressar no perigoso campo do discurso irracional. Todo argumento deve ter, no mínimo, uma premissa. No caso, uma das premissas adotadas pelo Min. Luís Roberto Barroso é falsa.

Na perspectiva histórica, vale o registro de que candidaturas avulsas ou independentes já existiram no sistema eleitoral brasileiro. No mandado de injunção n.° 6.977/DF, o Min. Rel. Celso de Mello fez longa exposição histórica sobre as condições de elegibilidade, tendo como objeto central a exigência legal de filiação partidária[495]. O Código Eleitoral de 1932 (Decreto n.° 21.076/1932), permitia a candidatura avulsa ou independente, desde que o candidato fosse registrado como tal, em até 05 (cinco) dias das eleições, perante a Justiça Eleitoral (art. 58, parágrafo único, c/c art. 101, § 1°). O Código Eleitoral de 1935 (Lei n.° 48/1935) também permitia candidaturas avulsas (art. 88). Porém, as candidaturas independentes ou avulsas foram proibidas com a Lei Agamenon Magalhães (Decreto-lei n.° 7.586, de 28/05/1945). O art. 39 estabelecia que: "somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos ou alianças de partidos"[496]. O Código Eleitoral de 1950 (Lei n.° 1.164/50), manteve a proibição das

---

[491] Obrigatória (O) a Filiação (F).

[492] Proibida (PH) a não (ñ) Filiação (F).

[493] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.° 1.054.490/RJ**. FERREIRA, Odim Brandão; DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Parecer**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208032. Acesso em: 8 jun. 2020.

[494] ABRAÃO, Carlos Eduardo S; COSTA MACHADO (Org.). **Constituição Federal anotada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri: Editora Manole, 2012, p. 96.

[495] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.° 6977. Rel. Min. Celso De Mello. Publicado em 09.10.2018. DJE n° 215, divulgado em 08/10/2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338801055&ext=.pdf. Acesso em 8 jun. 2020.

[496] BRASIL. **Decreto-lei n.° 7.586, de 28 de maio de 1945**. Regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4° da Lei Constitucional n° 9, de 28 de fevereiro de 1945. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7586.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

candidaturas avulsas, ao permitir apenas candidatos "registrados por partidos ou alianças de partidos" (art. 47)[497]. Finalmente, a Constituição Federal de 1988 conferiu *status* constitucional à proibição de candidaturas avulsas, ao determinar a filiação partidária como uma das condições de elegibilidade (art. 14, § 3°, V, CF). Não sem motivo, a legislação infraconstitucional simplesmente reproduziu a determinação constitucional. O art. 11, § 14, da Lei n.° 9.504/97, na redação dada pela Lei n.° 13.488/2017, determina que: "é vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária"[498].

No mesmo sentido, numa perspectiva também histórica, é necessário levar em consideração a longa cronologia de tentativas frustradas de emendas à Constituição para permitir candidaturas avulsas. A primeira proposta de emenda à Constituição sobre o tema foi apresentada no Senado Federal em 19 de outubro de 2005. A PEC n.° 56/2005, de autoria do Senador Cristovam Buarque, propunha que o inciso V do § 3 do art. 14 da Constituição passaria a ter a seguinte redação: "V – a filiação partidária ou, na forma da lei, a subscrição do pedido de registro de candidatura por certo número de eleitores"[499]. A proposta do Senador do Distrito Federal foi arquivada em 7 de janeiro de 2011. Em 2012 o Senador Cristovam Buarque voltou à carga, ao propor a PEC n.° 07/2012[500], para alterar a Constituição Federal, no sentido de permitir a candidatura avulsa, desde que o pedido de registro fosse subscrito por determinado número de eleitores, fixado por lei. Mais uma vez, a proposta foi arquivada ao final da legislatura (em 21.12.2018). Em 2006, o Senador Paulo Paim propôs a PEC n.° 21/2006, com o fito de alterar o inciso V do § 3° do art. 14, CF. O inciso V passaria a ter a seguinte redação: "a filiação partidária ou, nos termos da lei, o apoiamento do número necessário de eleitores à candidatura avulsa"[501]. A referida PEC teve a sua tramitação encerrada nos termos do art. 332, do Regimento Interno do Senado Federal, e foi arquivada em 26.12.2014. Igualmente, o

---

[497] BRASIL. **Lei n.° 1.164, de 24 de julho de 1950**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

[498] BRASIL. **Lei n.° 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

[499] BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 56, de 2005**. Autoria: Senador Cristovam Buarque (PDT/DF) e outros. Protocolo Legislativo em 19.10.2005. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4353153&ts=1567535343260&disposition=inline. Acesso em: 8 jun. 2020.

[500] BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 07, de 2012**. Autoria: Senador Cristovam Buarque (PDT/DF) e outros. Protocolo Legislativo em 28.02.2012. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4596422&ts=1553265356982&disposition=inline. Acesso em: 8 jun. 2020.

[501] BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 21, de 2006**. Autoria: Senador Paulo Paim (PDT/RS) e outros. Protocolo Legislativo em 05.05.2006. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4351479&ts=1586467386900&disposition=inline. Acesso em: 8 jun. 2020.

Senador José Sarney propôs a PEC n.º 41/2011[502], cujo objetivo era alterar o art. 14 da Constituição Federal, para dispensar a exigência de filiação partidária aos candidatos nas eleições municipais. A proposta foi rejeitada e arquivada em 13.06.2011. Outras propostas de emenda à Constituição foram propostas na Câmara dos Deputados. O então deputado Leo Alcântara propôs a PEC n.º 229/2008[503]. Atualmente, a proposta encontra-se aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). A PEC permite a candidatura de pessoas sem filiação partidária, mediante apoio de um número mínimo de eleitores. Em 17.09.2009 foi apresentada a PEC n.º 407/2009[504], pelo Deputado Lincoln Portela. A proposta acrescenta novo parágrafo ao art. 14 e revoga o inciso V, do § 3º, do referido dispositivo. O objetivo é permitir a candidatura a cargo eletivo sem filiação partidária. Atualmente, a proposta está apensada à PEC n.º 229/2008. Verifica-se, portanto, sob o prisma da interpretação histórica: (i) que o Poder Legislativo compreende a filiação partidária como algo obrigatório (caso a exigência fosse facultativa, não seriam propostas PECs para promover mudança legislativa); (ii) que não há maioria política consolidada para alteração do art. 14, § 3º, inciso V, CF.

Numa interpretação genética, descobre-se que a exigência de filiação partidária esteve presente em toda a tramitação da Constituição: (i) no Substitutivo 1, de 26.08.1987, na Comissão de Sistematização, a exigência estava no art. 13, § 4º; (ii) no Substitutivo 2, de 18.09.1987, na Comissão de Sistematização, no art. 13, § 3º; (iii) no Projeto A, de 24.11.1987, no Plenário (início do 1º turno), constava do art. 16, § 3º; (iv) no Projeto B, de 05.07.1988, (início do 2º turno), no art. 14, § 3º, inciso V; (v) no Projeto C, de 15.09.1988, no Plenário (final do 2º turno) , no art. 13,§ 3º, inciso V; (vi) no Projeto D, de 21.09.1988, na Comissão de Redação Final, no art. 14, § 3º, inciso V; (vii) finalmente, no texto promulgado em 05.10.1988, a exigência foi promulgada no Diário Oficial da União no art. 14, § 3º, inciso V[505].

---

[502] BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 41, de 2011**. Autoria: Senador José Sarney (MDB/AP) e outros. Protocolo Legislativo em 19.05.2011. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4585513&ts=1586467243192&disposition=inline. Acesso em: 8 jun. 2020.

[503] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 229, de 2008**. Autoria: Deputado Léo Alcântara (PR/CE). Protocolo Legislativo em 21.02.2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E205D3844C926176E6D098286805A38.proposicoesWebExterno2?codteor=539380&filename=PEC+229/2008. Acesso em: 8 jun. 2020.

[504] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 407, de 2009**. Autoria: Deputado Lincoln Portela (PR/MG). Protocolo Legislativo em 17.09.2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=692506&filename=PEC+407/2009. Acesso em: 8 jun. 2020.

[505] LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. v. 1. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 100.

No plano da interpretação sistemática, abrem-se duas frentes. Primeiro, o art. 14, § 3°, inciso V, precisa ser relacionado aos §§ 2° e 3°, do art. 5°, CF. Qualquer discussão sobre a aplicabilidade do Pacto de São José da Costa Rica pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição Federal. Por segundo, é preciso analisar o art. 14, § 3°, inciso V, com os §§ 4°, 5°, 6°, 7° e 9° do mesmo dispositivo, além dos arts. 95, parágrafo único, inciso III e 127, § 5°, inciso II, alínea "e", CF.

O sucesso da argumentação que defende a possibilidade de candidaturas avulsas depende: (i) da interpretação de que o art. 5°, § 2°, CF, autoriza a equiparação normativo-hierárquica entre tratados de direitos humanos e a Constituição; (ii) do reconhecimento da hierarquia constitucional do Pacto de São José da Costa Rica; (iii) que o Pacto de São José da Costa Rica efetivamente preveja um direito subjetivo à candidatura avulsa; (iv) que o conflito entre o tratado e a Constituição seja resolvido pela aplicação da norma posterior.

Conforme se verá, é duvidosa a resposta positiva ao questionamento previsto no item (ii). Ainda que assim não fosse, o questionamento do item (iii) traz consigo uma resposta negativa, tornando despicienda a análise do item (iv).

Uma primeira dificuldade em equiparar tratados de direitos humanos e a Constituição, sem prévio exame formal e material da constitucionalidade dos tratados, decorre da expressa dicção do art. 102, inciso III, alínea "b", CF, que confere competência ao Supremo Tribunal Federal para controlar a constitucionalidade dos tratados, por meio do recurso extraordinário. Para além disso, a Constituição também prevê o controle abstrato dos decretos legislativos que aprovam tratados, nos termos do art. 102, inciso I, alínea "a"[506]. A aplicação literal do art. 5°, § 2°, CF, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, pois os decretos legislativos, que recepcionam um tratado na ordem jurídica interna, são aprovados conforme a sistemática do art. 47, CF. Em síntese, não parece possível sustentar a equiparação automática dos tratados de direitos humanos em face da Constituição, eis que próprio texto legal admite o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

Ainda que superado esse aspecto, surge a necessidade de cotejar o § 2° e o § 3° do art. 5°, CF. Esse último dispositivo, incorporado pela EC n.° 45/2004, estabelece: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão

---

[506] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

equivalentes às emendas constitucionais"[507]. A inserção desse parágrafo aponta para a conclusão de que os tratados de direitos humanos que não foram objeto de votação em dois turnos, com três quintos dos votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente, não poderão ser comparados hierarquicamente às normas constitucionais. É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal adotou por longos anos o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam hierarquia de *legalidade ordinária*, conforme o *leading case* no RE n.º 80.004/SE[508]. Apenas em 03.12.2008, no julgamento do RE 466.343-1/SP, que versava sobre a prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento para admitir: (i) o caráter *supralegal* dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e não submetidos ao processo legislativo do art. 5º, § 3º, CF, e; (ii) o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos, na qualidade de emendas constitucionais, quando aprovados por quórum especial nas duas Casas do Congresso Nacional.

À toda evidencia, o reconhecimento do caráter constitucional do Pacto de São José da Costa Rica, 28 (vinte e oito) anos após sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional, desafia os postulados de coerência e integridade das decisões dos tribunais. O art. 926, do Código de Processo Civil, estabelece que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"[509]. A coerência das decisões judiciais pressupõe que a fundamentação que motivou um determinado caso concreto seja: (i) igualmente aplicada a casos idênticos, e; (ii) considerada em casos semelhantes. Paralelamente, o elemento integridade pressupõe garantias normativas e institucionais contra arbitrariedades interpretativas. Conforme sustenta Lenio Luiz Streck, "a integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste

---

[507] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[508] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 80004/SE**. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Data de Julgamento: 01/06/1977, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-12-1977. p. 09433. DJ 19-05-1978. p. 03468 EMENT VOL-01083-02. p. 00915 RTJ VOL-00083-03 p. 00809. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365. Acesso em 8 jun. 2020. No HC n.º 72.131/RJ, de 22.11.1995, o STF manteve o mesmo entendimento acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 72.131/RJ**. Relator: Marco Aurélio. Data de Julgamento: 23/11/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01.08.2003. p. 00103. EMENT VOL-02117-40. p. 08650. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573. Acesso em: 8 jun. 2020).

[509] BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um 'grau zero de sentido' [...]"[510].

Nesse aspecto, é necessário ponderar que a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: (i) jamais considerou os tratados de direitos humanos, incorporados ao ordenamento jurídico antes da vigência da EC n.º 45/2004, como normas dotadas de hierarquia constitucional; (ii) quando provocado a realizar uma interpretação mais favorável à vítima, relativamente ao tema "registro de candidatura", negou seguimento ao recurso interposto para suspender a inelegibilidade decretada pelo Tribunal Superior Eleitoral; (iii) já teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade de diversas hipóteses de inelegibilidades não previstas no art. 23, § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica. Em todos os casos, os pedidos foram julgados improcedentes.

Tendo em vista que o item (i) já foi abordado exaustivamente, convém analisarmos os itens (ii) e (iii).

No processo n.º 06009003-50.2018.6.00.0000[511] o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, denegou o pedido de registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva, sob a justificativa que: (i) o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional não está em vigor no Brasil, e; (ii) a Lei da Ficha Limpa[512] se sobrepõe ao art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Posteriormente, o mesmo entendimento foi repisado na Medida Cautelar na Petição n.º 7.848[513], no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É importante ressaltar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que instituiu o Comitê de Direitos Humanos (Artigo 28, item n.º 1), está formalmente incorporado ao ordenamento jurídico do Estado brasileiro desde a promulgação do Decreto n.º 592/1992. Igualmente, o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi: (i) aprovado pelo Congresso

---

[510] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc. Acesso em: 24 mar. 2020.

[511] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Autos n.º 06009003-50.2018.6.00.0000**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjokY-fhfPpAhXcGLkGHcCgCF4QFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Finter03.tse.jus.br%2Fsjur-consulta%2Fpages%2Finteiro-teor-download%2Fdecisao.faces%3FidDecisao%3D299993%26noChache%3D218309065&usg=AOvVaw1QjyRtGOHqcaaEbiiJ_Ija. Acesso em: 8 jun. 2020.

[512] BRASIL. **Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

[513] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos n.º 0078048-54.2018.1.00.0000**. PET n.º 7.848. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5542633. Acesso em: 8 jun. 2020.

Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 311/2009; (ii) ratificado por meio do instrumento de adesão depositado em 25.09.2009. Entretanto, ainda não foi *promulgado* pelo Presidente.

No caso concreto, o STF deixou de aplicar a medida cautelar concedida em 17.08.2018 pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, no âmbito de comunicação individual, para que o Estado brasileiro assegurasse a Luiz Inácio Lula da Silva o direito de concorrer às eleições presidenciais de 2018, até o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória. É interessante notar que o STF ignorou: (i) o caráter supralegal do Pacto de São José da Costa Rica (art. 23, § 2º[514]); (ii) a força vinculativa das medidas cautelares ditadas pelo Comitê de Direitos Humanos. Em interpretação restritiva, o STF entendeu que: (i) o Protocolo Facultativo, que legitimaria a atuação do Comitê, não foi promulgado pelo Presidente da República; (ii) a impossibilidade de afastamento da inelegibilidade prevista na Lei da Ficha Limpa.

Neste caso, o Min. Luís Roberto Barroso não defendeu o *status* constitucional do Pacto de São José da Costa Rica, que poderia paralisar a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa. Note-se que a inelegibilidade por condenação criminal proferida por órgão judicial colegiado não encontra assento constitucional, mas apenas infraconstitucional (art. 1º, I, alínea "e", da Lei Complementar n.º 64/90, na redação dada pela Lei Complementar n.º 135/2010), diferentemente da exigência de filiação partidária, prevista na Constituição e na legislação eleitoral de regência. No julgamento proferido no âmbito do TSE, o Min. afirmou:

> A lei foi aprovada na Câmara e no Senado com expressiva votação e foi sancionada com loas pelo presidente da República. A lei desfruta de um elevado grau de legitimidade democrática. A sua constitucionalidade todavia foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal em mais de uma ação, inclusive e sobretudo no capítulo que previa que a inelegibilidade surgiria após a decisão de um órgão colegiado. E o Supremo afirmou que a Lei da Ficha Limpa é compatível com a Constituição e que

[514] No caso Petro Urrego *vs.* Colombia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu pela impossibilidade de autoridades administrativas ou políticas darem ensejo a inelegibilidades. Urrego, candidato a prefeito de Bogotá, teve seus direitos políticos suspensos por uma resolução, de natureza "disciplinar", emitida pela Procuradora-Geral da Nação. Conforme apontam Marcelo Peregrino Ferreira e Julio Ortiz, a decisão definitiva da Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou ao Estado colombiano: "[...] 4. Adequar a norma penal para assegurar que não se incluam referências à via disciplinar ou fiscal nos tipos penais relacionados à eleição de pessoas inabilitadas. Em todo o caso, o Estado deve abster-se de aplicar o tipo penal previsto no artigo 5 da Lei n. 1834 de 2017, levando em consideração *as determinações sobre a inconvencionalidade da destituição disciplinar ou fiscal, sem condenação penal transitada em julgado"*. Vide: FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; ORTIZ, Julio. **Ficha Limpa e caso Petro Urrego**: controle de convencionalidade das inelegibilidades. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades#_ftn9. Acesso em: 25 mar. 2020.

> realiza a exigência constitucional de probidade, de moralidade, de vida pregressa prevista no texto constitucional[515].

Ocorre que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano, em outubro de 2017, decidiu pela impossibilidade de decisões de autoridades administrativas ou políticas ensejarem inelegibilidades, recomendando ainda ao Estado colombiano que *se abstivesse de impedir a capacidade eleitoral passiva sem condenação criminal transitada em julgado*[516]. Vejamos o item 4 das recomendações:

> *Adecuar la normativa penal para asegurar que no se incluyan las referencias a la vía disciplinaria o fiscal en los tipos penales relacionados con la elección de personas inhabilitadas. En todo caso, el Estado deberá abstenerse de aplicar el tipo penal previsto en el artículo 5 de la Ley 1834 de 2017, tomando en cuenta las determinaciones sobre la inconvencionalidad de la destitución disciplinaria o fiscal, sin condena penal en firme*[517].

Ainda no âmbito da coerência, é preciso analisar que a Lei Complementar n.º 64/1990 possui diversas modalidades de inelegibilidades, que transbordam os casos expressamente previstos no art. 23, § 2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Cite-se, por exemplo, inelegibilidades decorrentes de decisões de autoridade administrativas (art. 1º, inciso I, alínea "g", da LC n.º 64/1990). Outro exemplo são as inelegibilidades em razão do cargo ocupado: dos magistrados, comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica, presidentes, diretores e superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e as mantidas pelo poder público etc[518]. Especificamente em relação aos magistrados, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Originária n.º 2.236[519], negou o direito dos magistrados ao exercício de atividade político-partidária, pleiteado pela União Nacional dos Juízes Federais do Brasil – UNAJUF, com fundamento no art. 23 da Convenção Americana de

---

[515] JOTA. **Roberto Barroso vota para TSE rejeitar registro da candidatura de Lula**. Local de publicação: https://www.jota.info. Publicado em: 31.08.2018. Disponível em: https://www.jota.info/eleicoes/roberto-barroso-vota-para-tse-rejeitar-registro-da-candidatura-de-lula-31082018 Acesso em: 24.03.2020.

[516] FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; ORTIZ, Julio. **Ficha Limpa e caso Petro Urrego**: controle de convencionalidade das inelegibilidades. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades#_ftn9. Acesso em: 25.03.2020

[517] CIDH. **Informe n.º 130/17**, Caso n.º 13.044. Fondo. Gustavo Francisco Petro Urrego. Colombia. 25 de octubre de 2017. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/13044FondoEs.pdf. Acesso em: 25.03.2020.

[518] Nas eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de seus cargos e funções.

[519] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária n.º 2.236.** Rel. Min. Gilmar Mendes. DJE n.º 168, divulgado em 31/07/2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312134296&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

Direitos Humanos. A referida associação de magistrados entendia que o art. 23, § 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se sobreporia às normas de direito interno, que afastam a elegibilidade de juízes. Contudo, o STF entendeu que o art. 95, parágrafo único, incisos I e III, da Constituição Federal, estabelece as seguintes vedações aos magistrados: (i) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; (ii) dedicar-se à atividade político-partidária. Segundo o voto do Min. Gilmar Mendes, dois fundamentos impediriam o deferimento do pedido: (i) a prevalência da Constituição Federal sobre o Pacto de São José da Costa Rica; (ii) a compatibilidade da restrição ao direito de ser votado com o Pacto de São José da Costa Rica.

Ainda que se admita que o art. 5, § 2º, CF, permite a incorporação ao ordenamento jurídico do Pacto de São José da Costa Rica com hierarquia de norma constitucional, subsiste a questão: o Pacto de São José da Costa Rica efetivamente garante um direito subjetivo à candidatura avulsa? Conforme se verá, não prevalece a interpretação do Pacto de São José da Costa Rica defendida pelos recorrentes no agravo em recurso extraordinário de n.º 1.054.490/RJ. Nem sequer a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH chancela a interpretação realizada pelos recorrentes. Chama a atenção o seletivo recorte de argumentos utilizados no parecer de lavra da Procuradoria Geral da República e no voto do Min. Luís Roberto Barroso: apesar da erudição e da vasta quantidade de laudas, ambos omitem deliberadamente a interpretação realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Como se sabe, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um tribunal regional de proteção dos direitos humanos, que tem por objetivo interpretar e aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida internacionalmente como Pacto de São José da Costa Rica – PSJCR. No âmbito de sua competência se encontra a resolução de casos contenciosos. Compete à Corte avaliar se um Estado incorreu em responsabilidade internacional pela violação de algum dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Frise-se que o Brasil é um dos países que reconheceu a competência contenciosa da Corte.

Em 06 de agosto de 2008 a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou caso em tudo análogo ao que se apresenta ao STF: o caso Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos. Em 05 de março de 2004, a suposta vítima apresentou solicitação de registro como candidato independente ao cargo de Presidente dos Estados Unidos Mexicanos, para a eleição de 02 de julho de 2006. O Instituto Federal Eleitoral – IFE mexicano indeferiu o pedido, sob a justificativa de que correspondia unicamente aos partidos políticos nacionais o direito de

solicitar registro de candidatura aos cargos eleitorais. Posteriormente, o pleito de candidatura independente foi denegado em todas as instâncias jurisdicionais mexicanas, razão pela qual a questão foi levada sucessivamente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A reclamação apoiava-se em suposta violação ao art. 23, § 1º, alínea "b" c/c § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica. Segundo alegaram os representantes, "no marco jurídico mexicano, exigir como requisito indispensável, para que uma pessoa possa participar de uma contenda eleitoral, que a postulação seja apresentada exclusivamente por um partido político, viola o segundo parágrafo do art. 23 da Convenção"[520].

Ao interpretar o termo *exclusivamente*, a Corte entendeu que não é possível aplicar ao sistema eleitoral apenas as limitações constantes do art. 23, § 2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Restou decidido que "a Convenção Americana não estabelece uma modalidade específica ou um sistema eleitoral particular, mediante o qual os direitos de votar e ser eleito devam ser exercidos [...]"[521]. Segundo a CIDH, os Estados possuem a obrigação positiva de garantir eleições livres, autênticas, com sufrágio universal e voto secreto, podendo regular os direitos políticos de acordo com suas necessidades históricas, políticas, sociais e culturais, desde que a restrição aos direitos políticos: (i) cumpra com os requisitos de legalidade; (ii) esteja dirigida a uma finalidade legítima; (iii) seja necessária e proporcional, isto é, de acordo com os princípios de uma sociedade democrática. Na lição de Ophir Cavalcanti Júnior, a CIDH decidiu que compete ao Estado garantir ampla oportunidade de participação na vida política, podendo, dentro dessa diretriz de respeito ao exercício livre dos direitos políticos com ampla participação dos cidadãos, definir seus sistemas eleitorais com liberdade[522]. Na ordem constitucional brasileira os partidos políticos são considerados imprescindíveis para o escorreito funcionamento do regime democrático. Tanto é assim que a Constituição atribui aos partidos determinadas funções, dentre elas instrumentalizar a representação do povo no legislativo, bem como exercer influência sobre a formação da vontade política. Para tanto, exige-se a filiação partidária.

O trabalho com o elemento sistemático demanda, por fim, a análise do art. 14, § 3º, inciso V, CF, com outros dispositivos constitucionais. A Constituição possui uma série de dispositivos aprovados pelo poder constituinte originário, que consagram inelegibilidades não

---

[520] CIDH. **Caso Castañeda Gutman**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 20.03.2020. Tradução nossa.

[521] CIDH. **Caso Castañeda Gutman**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 20.03.2020.

[522] CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. **O Supremo Tribunal Federa e as candidaturas avulsas nas eleições.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-13/ophir-cavalcante-jr-stf-candidaturas-avulsas-eleicoes. Acesso em: 24.03.2020.

previstas no art. 23 do Pacto de São José da Costa Rica. A Constituição determina incompatibilidades como a reeleição única para cargos do poder executivo (art. 14, § 5º, CF) e a necessidade de desincompatibilização dos ocupantes de tais cargos (art. 14, § 6º, CF). Ademais, estipula causas de inelegibilidade em razão de parentesco (art. 14, § 7º, CF) e em virtude do exercício de cargos públicos (art. 95, parágrafo único, inciso III; art. 128, § 5º, inciso II, alínea "e", CF). Finalmente, ainda no campo da interpretação sistemática, cumpre rechaçar a tentativa de relacionar o art. 14, § 3º, inciso V, com os arts. 1º, incisos II, III e V; 4º, inciso II; 5º, XX e §§ 1º e 2º, CF, tal como desejavam os recorrentes no agravo em recurso extraordinário de n.º 1.054.490/RJ. A convocação de ponderações inexistentes para permitir as candidaturas avulsas é simplesmente absurda. Nenhum dos dispositivos acima mencionados tem qualquer relação com o caso concreto. A intenção nesse caso parece ser possibilitar o que Friedrich Müller chama de *dezision.* Para o autor, caracteriza-se como *dezision* todo tipo de decisão que seja tomada visando um certo resultado desejado (politicamente) ao arrepio dos textos legais, dos padrões dogmáticos e metódicos vigentes. Müller subdivide a *dezision* em duas espécies: *dezision* por meio de distorção jurídica e *dezision* por meio de suposição jurídica. No primeiro caso:

> [...] a questão a ser decidida é juridicamente regulamentada (ou seja, ela pode ser corretamente reconduzida a uma norma jurídica com os meios da metódica do Estado de Direito. A decisão (isto é, a norma de decisão formulada no caso concreto), porém, afirma que ela não é regulamentada; ou, normalmente, ela afirma uma regulamentação que se desvia quanto ao conteúdo[523].

É importante destacar que a metódica estruturante não prega uma "lógica do acúmulo", que prescreve que é melhor demonstrar que o texto normativo "N" deve ter o significado "X", quando interpretado gramaticalmente, sistematicamente, teleologicamente e geneticamente, do que mostrar apenas que o texto normativo "N" tem o significado "X", caso se utilize um determinado elemento de interpretação, mas não outros. A ideia não é "quanto mais elementos, melhor". Ao contrário, o objetivo é de transparência. Eventuais conflitos entre os elementos de interpretação deverão ser resolvidos com a prevalência dos elementos imediatamente mais próximos dos textos de normas[524].

Para além da concretização do programa normativo a partir dos textos de normas pertinentes ao caso, a metódica estruturante exige a formulação do âmbito normativo, que será

---

[523] MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Tradução de: KOSUBEK, Michael. Joinville: Bildung, 2014, p. 37.

[524] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

cofundamentador da norma jurídica. O objetivo da formulação do âmbito normativo é destacar os fatos fundamentais para a solução do caso. Todavia, não são todos os fatos que poderão coconstituir a norma jurídica e cofundamentar a respectiva norma de decisão. A realidade social deve ser compreendida sob o filtro do programa normativo; dever ser controlada por este. O âmbito normativo do art. 14, § 3°, inciso V, CF, é formado majoritariamente pelo próprio direito. A despeito da história e da sociologia poderem contribuir para a definição do conceito de partido político[525], a filiação partidária é um conceito jurídico-político. Atualmente, a filiação partidária (vínculo estabelecido entre o filiado e o partido político) é um ato jurídico regulado pelo direito. A filiação partidária é o ato pelo qual o cidadão aceita e passa a integrar um partido político, comprometendo-se a cumprir e defender determinado programa. Compete ao estatuto do partido estabelecer as normas sobre filiação e desligamento, bem como os direitos e deveres dos filiados. O cidadão tem o direito de se filiar diretamente ao partido de sua preferência político-ideológica, desde que cumpra com os requisitos estatutários do partido político e esteja no pleno gozo de seus direitos políticos (art. 16 da Lei n.° 9.096/95). Nos termos do art. 19 da Lei n.° 9.096/95, a Justiça Eleitoral recebe por meio de sistema eletrônico as informações encaminhadas pelos partidos políticos, para fins de arquivamento, publicação e verificação do cumprimento dos prazos de filiação, visando o registro de candidaturas. Em síntese, podem ser elencados, exemplificativamente, como fatos pertinentes: (i) a existência ou não de filiação partidária por parte dos autores do processo; (ii) a existência de pedido de registro de candidatura por parte de partido político *ou* dos próprios interessados; (iii) a existência de jurisprudência em determinado sentido; (iv) eventuais manifestações da CIDH a respeito da norma utilizada como causa de pedir; (v) a observação da realidade de que a filiação partidária é o ato pelo qual o cidadão manifesta concordância com o estatuto e demais documentos do partido e é concomitantemente aceito pela associação partidária, comprometendo-se a cumprir e defender o seu programa; (vi) que não pertencem ao conceito de partidos políticos as associações eleitorais, que em alguns países se reúnem temporariamente para apresentar candidatos a determinadas eleições. Falta a essas associações o cumprimento de requisitos de forma estabelecidos pela Constituição; (vii) que o cidadão tem o direito de se filiar diretamente ao partido de sua preferência, sem intermediação do Estado; (viii) a

[525] Segundo Max Weber, partido político é "uma associação [...] que visa a um fim deliberado, seja ele 'objetivo' como a realização de um plano com intuitos materiais ou ideais, seja 'pessoal', isto é, destinado a obter benefícios, poder e, consequentemente, glória para os chefes e sequazes, ou então voltado para todos esses objetivos conjuntamente" (Apud BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 13. ed. Tradução de: VARRIALE, Carmen C. et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, v. 2, p. 898).

necessidade de observação da data da filiação, eis que a legislação exige que o candidato possua a filiação deferida pelo partido com antecedência mínima de 6 (seis) meses antes da eleição.

Como já ficou claro, a metódica estruturante preocupa-se em impedir que conteúdos materiais sejam incluídos aleatória e indiscriminadamente no processo de concretização. Somente dados da realidade compatíveis com o programa da norma poderão compor o âmbito normativo. Fatos e pontos de vista que contrariem o conteúdo do programa da norma não poderão compor o âmbito normativo e, posteriormente, a norma de decisão. Da mesma forma, devem ser evitados fatos que não possuam qualquer correlação com o programa normativo formulado para o caso concreto.

Conforme se verá, o voto do Min. Luís Roberto Barroso fornece uma série de exemplos de fatos e pontos de vista que pertencem ao "âmbito real", mas não ao "âmbito normativo". Como visto, o âmbito real alude ao conjunto de todas as circunstâncias factuais possivelmente atingidas pela norma jurídica em questão[526]. Todavia, há a posterior necessidade de seleção e restrição dos fatos e pontos de vista. Nem todos poderão compor o âmbito normativo e a posterior norma jurídica. No decorrer do seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso aduz que: (i) "a admissibilidade de candidatura avulsa constitui questão de grande relevo, que pode interferir no pleito de 2018, sobretudo na situação atual, em que se verifica, de um lado, uma profunda crise de credibilidade do sistema político, e, de outro, um impasse na aprovação, pelo Congresso, da reforma política que poderia, ao menos, minimizar esse cenário"[527]; (ii) "o Brasil atravessa uma crise política sem precedentes"[528]; (iii) "Tais eventos, além de terem colocado em xeque a credibilidade do sistema político como um todo, contribuíram para o agravamento da crise econômica, responsável por um índice de desemprego da ordem de 13% da população economicamente ativa"[529]; (iv) "Há, hoje, aproximadamente 13 milhões de pessoas sem ocupação no Brasil, segundo levantamento do IBGE"[530]; (v) "a crise de confiança

---

[526] Segundo Müller: "A expressão 'âmbito real' refere-se evidentemente a uma fase inicial do processo decisório, na qual a interpretação linguística ainda não se completou e, consequentemente, o programa normativo não foi constituído [...]" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 25. No prelo).

[527] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

[528] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

[529] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

[530] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

que se instalou atinge inclusive os partidos políticos"[531]; (vi) "as agremiações com maior expressão no cenário nacional tiveram membros citados em colaborações premiadas e denunciados em escândalos de corrupção"[532]; (vii) "o reconhecimento das candidaturas avulsas pode desbloquear o acesso do cidadão comum à política, ampliar a concorrência eleitoral e, com isso, reforçar a legitimidade do sistema político e sua credibilidade aos olhos da população"[533]; (viii) "não é segredo para ninguém a complexidade do momento que nós vivemos, e um momento caracterizado por um relevante e preocupante descolamento entre a classe política e a sociedade civil"[534]; (ix) "há esforços para se empreender uma reforma política capaz de sanar esse distanciamento entre representados e representantes e melhorar a qualidade da representação política no Congresso, de uma maneira geral"[535]; (x) "pesquisas e estatísticas demonstram o momento de baixa credibilidade dos partidos políticos e a dificuldade representativa da classe política, de uma maneira geral"[536]; (xi) "se há algum espaço da vida institucional que não está funcionando bem, as pessoas bem-intencionadas patrioticamente devem se debruçar sobre essas questões, participar do debate e pensar soluções que aprimorem o modelo institucional. Proteger a Constituição e aprimorar as instituições faz parte do núcleo da nossa missão constitucional"[537]; (xii) "Eu trago este debate para que, a partir daqui, possamos organizar uma discussão sobre fatos, sobre experiências históricas, sobre argumentos e, com base em elementos subjetivos, fazer as escolhas para o futuro, escapando tanto do imobilismo como das falsas soluções singelas"[538]; (xiii) "gostaria de lançar os olhos sobre a experiência no

---

[531] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[532] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[533] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[534] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[535] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[536] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[537] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[538] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

Direito Comparado. E, aí, vamos constatar que a maior parte das democracias do mundo admitem a candidatura avulsa"[539]; (xiv) "a experiência do Direito Comparado é largamente favorável às candidaturas avulsas e há, neste exato momento, diversos presidentes ou líderes políticos relevantes na Áustria, na Islândia"[540]; (xv) "Eu acho que há uma grande quantidade de pontos favoráveis e desfavoráveis às candidaturas avulsas"[541]; (xvi) "[...] diversos parlamentares, a quem tive a honra de atender em meu gabinete, por esse e por outros assuntos, muitas vezes, esperam mesmo que o Supremo ajude a desemperrar esse debate que, muitas vezes, não flui na instância própria, Presidente"[542]; (xvii) "Há uma grande insatisfação com o modelo político, mas, evidentemente, nós não queremos substituir por qualquer coisa, é preciso amadurecer as ideias, pesar os prós e contras e, só então, tomar uma decisão"[543]; (xviii) "As ideias e as questões precisam de um tempo de amadurecimento que permita que se olhe o passado, que se olhe para o mundo, que se considerem todas as variáveis e, até mesmo, que se considere se aqui é a instância ideal para este debate"[544].

Primeiramente, é necessário dizer que "crise política", "crise sem precedentes", "crise de confiança", "preocupante descolamento entre a classe política e a sociedade civil" são conceitos valorativos, abstratos, dotados de forte carga axiológica. Como conceitos valorativos, são relativos e sujeitos a desacordos e divergências razoáveis. Será que a "crise de 2017" é maior do que a crise política que levou ao fim da república velha? Os fatos e pontos de vista acima elencados não se colocam como parâmetros de solução, não são admitidos pelo âmbito da norma, sobretudo porque os textos de normas relevantes para o caso não autorizam que o julgador realize uma "valoração da crise", como passo antecedente para autorizar candidaturas independentes.

---

[539] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[540] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[541] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[542] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[543] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ.** Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[544] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

O fato do Brasil possuir 13 milhões de desempregados não guarda qualquer relação com os textos de normas dos arts. 5º, §§ 2º e 3º e 14, § 3º, inciso V, CF, bem como com o art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não há nenhum elemento no texto dos referidos artigos que possibilite a abertura necessária para a inserção desse fato no âmbito normativo, na norma jurídica e na norma de decisão. O mesmo pode ser dito de fatos como: (i) membros de partidos políticos foram citados em colaborações premiadas; (ii) "pesquisas e estatísticas demonstram o momento de baixa credibilidade dos partidos políticos"[545]. O fato de políticos serem citados em delações premiadas não tem nenhuma relevância para o caso concreto. Da mesma forma, partidos enfrentam dificuldades em vários países do mundo. Isso, por si só, não é um fator relevante para a alteração do sistema eleitoral, pela via jurisdicional, de forma a possibilitar candidaturas independentes. Em suma: não há parametricidade entre os fatos veiculados no voto e os textos de normas relevantes para a solução do caso.

A utilização de referências legislativas estrangeiras para fundamentar a decisão (itens xiii e xiv) é também incompatível com o caso concreto. O Min. Luís Roberto Barroso parece partir de premissas puramente factuais (*vários países do mundo permitem a candidatura avulsa*) para chegar em determinada conclusão normativa. Ocorre que a metódica estruturante rejeita uma "força normativa do fático"[546]. As condições normativas brasileiras impedem a adoção dos permissivos estrangeiros. O uso de argumentos de política constitucional precisa ser efetuado de maneira auxiliar, respeitando o caráter vinculante do texto constitucional. Argumentos de política constitucional não podem sobrepor-se voluntaristicamente ao texto das normas constitucionais. Argumentos políticos não podem violar as exigências de racionalidade e objetividade próprias do estado de direito[547]. Finalmente, argumentos de política constitucional inserem-se nos "elementos não diretamente referidos a normas". Dessa forma, em caso de conflito, não podem se sobrepor aos "elementos diretamente relacionados aos textos de normas". Não é necessário escrever longas linhas para concluir que os elementos gramatical, sistemático, histórico e genético não permitem uma interpretação que dispense a filiação partidária.

---

[545] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ.** Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun.2020.

[546] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 129.

[547] GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 108.

Chocam, por outro lado, as afirmações constantes nos itens (xv), (xvi), (xvii) e (xviii). Decisões judiciais não devem ser tomadas sopesando prós e contras. Da mesma forma, não compete ao Supremo Tribunal Federal "desemperrar" decisões políticas do Congresso Nacional. A metódica estruturante rejeita a subestimação da função do texto da norma no ato de concretização do direito. Não é lícito aduzir *topoi* estranhos ao texto de norma, ao programa normativo e ao âmbito normativo. Por mais valorosos que possam ser os argumentos "pró candidaturas avulsas", eles não podem passar por cima dos textos normativos. No mais, o Direito possui autonomia em relação à moral e à política. Se a Constituição determina expressamente a obrigatoriedade da filiação partidária, não há juízo moral ou político que possa excepcionar essa obrigação. Decisões judiciais não podem ser tomadas com base em escolhas livres. Decisões precisam ser imputadas aos textos de normas relevantes ao caso concreto. A Constituição não pode depender de juízos morais ou políticos de 1 (um) ou de 11 (onze) ministros do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras, de Lenio Streck, quando o Direito vale menos do que juízos políticos, a democracia se fragiliza[548].

No caso concreto a "norma jurídica" será composta: (i) pela compreensão de que a vedação do art. 14, § 3º, inciso V, CF é expressa, objetiva e independe de complemento normativo infraconstitucional para a sua execução, aplicando-se imediatamente; (ii) a filiação partidária é obrigatória, podendo a lei regular apenas a *forma* da filiação; (iii) as vedações de natureza efetiva previstas na Constituição não podem ser derrogadas pela incorporação supralegal de tratado internacional; (iv) ainda que a implementação do referido tratado tivesse a capacidade de paralisar os efeitos dos arts. 9º, parágrafo único, 11, § 1º, inciso III e § 14, da Lei n.º 9.504/1997, subsistiria a vedação constitucional que obsta a candidatura avulsa (art. 14, § 3º, V, CF); (v) para disputar o pleito, o candidato deve estar com a filiação partidária aprovada pelo respectivo partido político pelo menos seis meses antes da eleição.

Dessa forma, redige-se sinteticamente a norma jurídica (*Rechtsnorm*) com o seguinte conteúdo: "a filiação partidária, aprovada por partido político, com antecedência mínima de 6 (seis) meses da eleição, é uma das condições de elegibilidade previstas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais". Como visto anteriormente, a norma de decisão que regula o caso concreto após a análise de todas os pontos do litígio poderá ser qualificada de norma aplicativa. A norma de decisão permitirá a subsunção. No presente caso, a norma de decisão encerra o seguinte conteúdo: (i) premissa maior - "a Constituição Federal e as normas

---

[548] STRECK, Lenio Luiz. **Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito. Acesso em: 29 mar.2020.

infraconstitucionais estabelecem a filiação partidária, aprovada por partido político, com antecedência mínima de 6 (seis) meses da eleição, como uma das condições de elegibilidade; (ii) premissa menor – os recorrentes não possuem prova de filiação partidária; (iii) conclusão – os recorrentes devem ter o registro de candidatura negado.

Afastada a aplicabilidade do art. 5º, § 2º, CF, a operação de concretização é facilitada e há uma quase identidade entre texto de norma, norma jurídica e norma de decisão. Isso porque, o âmbito normativo do art. 14, § 3º, inciso V, CF, é formado pelo próprio Direito. Filiação partidária é um conceito de cariz majoritariamente jurídico. Trata-se de um texto normativo técnico, portanto, quase subsumível. A clareza decorre da estrutura da norma.

De outro lado, a norma de decisão proposta no parecer da Procuradoria Geral da República parece insustentável. O sucesso da argumentação dependeria, em primeiro lugar, da interpretação de que o art. 5º, § 2º, CF, permite a equiparação normativo-hierárquica entre tratados de direitos humanos e a Constituição. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal jamais chancelou essa interpretação, desde que a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apenas trafegou entre o reconhecimento da legalidade ordinária para a supralegalidade. Nesses termos, a adoção *ad hoc* de outra interpretação configuraria inequívoca quebra da integridade e da coerência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O posicionamento que atribui caráter constitucional aos diplomas internacionais de direitos humanos, a partir do art. 5º, § 2º, CF, sustenta-se atualmente apenas em *argumentos de teoria constitucional*[549]. Porém, com base na metódica estruturante, esses argumentos não podem prevalecer diante dos elementos diretamente referidos aos textos de normas, em especial os elementos gramatical, sistemático, genético e teleológico. Ainda que esse obstáculo fosse superável, é preciso reconhecer que nem sequer o órgão responsável pela aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos considera que exista um direito subjetivo à candidatura avulsa.

A presente seção lançou luz sobre a pertinência dos pontos de vista utilizados na fundamentação da decisão, tendo em vista os textos normativos eleitos como relevantes. Como visto, diversos fatos e pontos de vista utilizados no voto do Min. Luís Roberto Barroso não podem integrar a norma jurídica, eis que normativamente incompatíveis com o programa da norma e o âmbito normativo.

---

[549] Vide: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 82-83.

5 TEORIA DA NORMA E SEPARAÇÃO DOS PODERES: REFLEXOS DE UMA NOVA COMPREENSÃO

O objetivo dessa seção é esboçar uma análise da separação dos poderes, especialmente a partir de uma nova teoria da norma. Como visto nas seções 3 e 4, qualquer texto normativo válido, independentemente da espécie normativa em questão (emenda à constituição, lei, lei delegada etc.), está incompleto e isso não configura disfunção ou má técnica legislativa[550]. É, ao contrário, algo inelutável. A relativização da separação dos poderes se afigura, portanto, fundamental. No contexto do estado contemporâneo, cabe indagar qual a utilidade da mistificação da separação dos poderes. Não é melhor reconhecer que o processo de concretização da norma jurídica é realizado pelos três poderes (em especial, pelo Judiciário), estabelecendo assim tarefas a serem cumpridas?

É necessário rememorar que no início do século XX Kelsen provocou um abalo na concepção tradicional de tripartição dos poderes, ao sustentar que o Poder Judiciário também criava direito[551]. Para o jurista austríaco, as normas poderiam ser classificadas em gerais ou individuais. Adeodato acresce a isso a observação de que própria doutrina criou a distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material, para dar conta das leis individuais de caráter concreto. A generalidade deixou de ser uma característica das disposições formuladas pelo legislador[552]. A distinção entre lei em sentido formal e material remete ao século XIX, notadamente aos ensinamentos de Laband[553]. Atualmente, normas gerais são formuladas não só pelo Legislativo e Executivo, como também pelo Poder Judiciário (*ex vi* das súmulas vinculantes e decisões em mandados de injunção).

A finalidade dessa seção é demonstrar que a rígida separação dos poderes não se sustenta: (i) à luz dos teóricos clássicos da separação dos poderes; (ii) numa perspectiva realista, tendo em vista a positividade dos ordenamentos constitucionais; (iii) em vista dos influxos do pluralismo jurídico, e; (iv) mais importante, sob uma perspectiva de teoria da norma.

---

[550] ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação de poderes.** Disponível em: http://www.epd.edu.br/sites/default/files/arquivos/anexos/2019-04/Separação%20de%20Poderes%20-%20João%20Maur%C3%ADcio%20Adeodato.pdf. Acesso em: 5.02.2020.

[551] Para o autor austríaco, a distinção entre criação e aplicação do direito teria apenas um caráter relativo. KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 386.

[552] ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação de poderes.** Disponível em: http://www.epd.edu.br/sites/default/files/arquivos/anexos/2019-04/Separação%20de%20Poderes%20-%20João%20Maur%C3%ADcio%20Adeodato.pdf. Acesso em: 5.02.2020.

[553] MIRANDA, Jorge. Algumas considerações sobre a lei. **Administração n.° 40**, v. XI, 371-384, 1998-2°. Disponível em: https://www.safp.gov.mo/safppt/download/WCM_004145. Acesso em: 4.02.2020, p. 376.

Para tanto, buscamos na primeira subseção reconstruir o ideal da separação dos poderes a partir de dois referencias teóricos: Montesquieu e os federalistas americanos, nomeadamente Madison e Hamilton. Sem pretender realizar um escorço histórico definitivo sobre o tema, o que seria incompatível com os limites do presente trabalho, buscar-se-á demonstrar o equívoco de certas leituras que pretendem atribuir à separação dos poderes um caráter absoluto[554]. Conforme se verá, é bastante discutível se a propalada rígida separação das funções estatais algum dia existiu. Seja na obra de Montesquieu, seja na realidade das constituições americanas do final do século XVIII.

Posteriormente, analisar-se-á a realidade das constituições dos Estados contemporâneos, que invariavelmente positivam uma relação de complementariedade entre os poderes. A Constituição Federal brasileira de 1988 é prenhe de exemplos: (i) o Judiciário exerce competência legislativa, pois os tribunais detêm competência para formular os seus respectivos regimentos internos (art. 96, I, alínea "a", CF). Exerce também uma função executiva, pois os tribunais concedem férias aos seus servidores, entre outros atos de administração (art. 96, inciso I, alínea "f", CF); (ii) o Legislativo realiza função executiva ao dispor sobre sua organização, criando e provendo cargos etc. (arts. 51, inciso IV e 52, inciso XIII, CF). Paralelamente, exerce função judiciária, quando o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, inciso I, CF); (iii) o Chefe do Poder Executivo participa do Poder Legislativo, pois possui o poder de sanção ou veto (art. 66, CF). Para além disso, o Executivo exerce competência judiciária, ao julgar os processos administrativos. Como se vê, a separação

---

[554] A análise de Montesquieu parece obrigatória, na medida em que "Do espírito das leis" continua a pautar, em alguma medida, a discussão sobre separação dos poderes. Os atuais manuais de direito constitucional insistem em referências à Montesquieu. A referência é quase obrigatória. Vide: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108-109; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340-342. Walber de Moura Agra afirma: "A visão de Montesquieu apresenta algumas deficiências. A separação de poderes por ele formulada não se identifica com a concebida na atualidade – sua importância reside no fato de ter sido o ponto inicial para a evolução da repartição de poderes, até chegar à forma praticada nos dias atuais" (AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 114). Em outras épocas, a situação era a mesma. Carlos Maximiliano, na obra "Comentários à Constituição brasileira: 1946", ao abordar o art. 36, relativo à separação dos poderes, cita Montesquieu 13 (treze) vezes em 23 (vinte e três) páginas. Mais importante, o autor expressamente problematiza a viabilidade de uma separação dos poderes de caráter absoluto: "Atribui-se, com justiça, a Montesquieu a autoria do princípio da divisão dos poderes, que é hoje um dos dogmas fundamentais do Direito Público, abrandada, embora, a sua rigidez, adaptada às exigências da sociedade contemporânea. [...] Como no corpo do homem, não há no Estado isolamento de órgãos, e, sim, especialização de funções" (MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**: 1946. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, v. 1, p. 391-395). Não é demais lembrar que o constitucionalismo da Primeira República (1891-1930) foi marcado pela influência imediata da Constituição norte-americana. Podemos dizer que, mediatamente, recebemos os influxos de Montesquieu, na medida em que os *founding father's* aprimoraram ensinamentos do jurista francês, de acordo com suas necessidades políticas, sociais e históricas (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 330).

dos poderes, envolve circularidade e complementaridade. A subseção 5.2 discorrerá sobre o princípio da separação dos poderes nas primeiras constituições modernas, bem como na história constitucional brasileira.

A terceira subseção prosseguirá na análise do conteúdo material da separação dos poderes no constitucionalismo contemporâneo. A relativização do princípio é abordada sob a ótica da progressiva atividade legislativa do Executivo. A quarta subseção analisará como o reconhecimento e a imposição do pluralismo jurídico gerou uma crise das fontes jurídicas na segunda metade do século XX. Nas palavras de Paolo Grossi, "estamos perante a reapropriação do direito por parte da sociedade"[555]. Na perturbadora pergunta de António Manuel Hespanha, poderá o direito democrático sobreviver num contexto pluralista (ou pós-estadualista)[556]? A mera pergunta já demonstra a complexidade da realidade normativa atual, que gera inequívocos reflexos no ideal de separação dos poderes. A quinta subseção explora a atividade normativa do Poder Judiciário. Em uma abordagem teórica e normativa, defende-se que o Poder Judiciário também cria direito. Finalmente, a sexta e última subseção defenderá a necessidade de repensar o dogma da separação dos poderes à luz das transformações decorrentes da teoria da norma jurídica. A diferenciação entre texto e norma coloca em questão qual o papel dos poderes (em especial, o Judiciário) na formulação das normas jurídicas.

5.1 A TEORIA CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: MONTESQUIEU, MADISON E HAMILTON

A teoria da separação dos poderes deve-se sobretudo ao gênio de Montesquieu[557]. Na lição de Madison, o "oráculo sempre consultado e sempre citado nessa matéria é Montesquieu"[558]. "Do espírito das leis", de 1748, é uma obra de fôlego que demorou aproximadamente 20 (vinte) anos para ser escrita; possui 31 livros, subdivididos em diversos

---

[555] GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de: DAL RI JÚNIOR, Arno. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 129.

[556] HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**: prospetivas do direito no século XXI. Coimbra: Almedina, 2019, posição 588-594 (Edição Kindle).

[557] Não se ignora, evidentemente, antecedentes da doutrina da separação dos poderes em outros autores, e.g., Aristóteles e John Locke. Aristóteles diferenciava o poder deliberativo, executivo e judiciário. Locke, por sua vez, diferenciou o poder legislativo, o executivo e o poder federativo, encarregado das relações exteriores (guerra, paz, alianças, tratados). Vide: ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de: CHAVES, Nestor Silveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011 (Edição Kindle); LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de: FISCHER, Júlio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[558] MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 299.

capítulos, com mais de 700 páginas. A heterogeneidade da obra é constantemente ressaltada[559]. Apesar de Montesquieu escrever sobre diversos assuntos (*e.g.*, a reformulação da teoria das formas de governo), sua maior contribuição para o direito e para a ciência política diz respeito às técnicas de liberdade e os instrumentos de sua proteção, que se refletem no princípio da separação dos poderes. Podemos dizer que a obra busca sobretudo apontar na direção de mecanismos de moderação que garantam um governo estável e garantidor da liberdade[560].

Montesquieu defende uma teoria da liberdade política, assegurada pela distribuição dos poderes. O modelo que tem em mente é o das instituições inglesas. Não é à toa que o capítulo central sobre a teoria da separação dos poderes é denominado "Da Constituição da Inglaterra". O autor enxerga na Inglaterra um Estado que tem como objeto próprio a liberdade política[561]. Para Montesquieu a liberdade política está ligada à legalidade: "a liberdade é o direito de se fazer aquilo que as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer aquilo que as leis proíbem, ele já não teria mais liberdade, porque os outros teriam também esse mesmo poder"[562]. A liberdade política somente poderá florescer em um governo *moderado* porque *limitado*[563]. Montesquieu prescreve, portanto, a combinação de monarquia mista e do princípio do primado da lei. É importante lembrar que Montesquieu é um nobre liberal, que via em Luís XIV e Richelieu a corrupção do governo monárquico por meio do despotismo[564]. Neste norte, adverte que: "para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder"[565].

No capítulo VI, do Livro XI, "Do espírito das leis", Montesquieu introduz o tema da separação dos poderes. O ideal de separação dos poderes guarda correspondência com e volta-

---

[559] Raymond Aron ressalta que do livro I ao XIII é desenvolvida sobretudo a teoria dos três tipos de governo. Do livro XIV ao XIX Montesquieu escreve sobre as "causas materiais ou físicas", isto é, a influência do clima e do solo sobre os homens, seus costumes e instituições. Do livro XX ao XXVI estuda a influência das causas sociais, comércio, moeda, número de habitantes e religião sobre os hábitos, costumes e leis. Por fim, os últimos livros tratam do estudo da legislação romana e feudal (ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de: BATH, Sérgio. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 8).

[560] Nesse aspecto, da estabilidade, aproxima-se de Maquiavel.

[561] "Há uma nação do mundo que tem por objetivo direto de sua constituição a liberdade política" (MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2666-2673 – Edição Kindle).

[562] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2652 (Edição Kindle).

[563] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de: COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 65. Nas palavras de Montesquieu: "A liberdade política não se encontra senão nos governos moderados" (MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2659 - Edição Kindle).

[564] CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas**: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de: CHRISTINA, Lydia. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1980, p. 133.

[565] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2659 (Edição Kindle).

se contra a monarquia absolutista que prevaleceu entre os séculos XVII e XVIII. Segundo Karl Loewenstein, ao propor a separação de funções, o objetivo político e ideológico era destruir o misticismo estatal do absolutismo divino da monarquia[566].

Segundo Montesquieu, "existem em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil"[567]. Apesar da denominação estranha aos tempos atuais, ao "poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes" competiria determinar a paz ou a guerra, garantir a segurança, impedir invasões[568]. Trata-se do atual Poder Executivo do Estado. Paralelamente, ao "poder executivo daquelas que dependem do direito civil" caberia punir os crimes e julgar as questões particulares[569]. Em suma, trata-se do Poder Judiciário.

Para Montesquieu, inexiste liberdade se todos os poderes se acham reunidos numa só pessoa. "Do espírito das leis" consagra um libelo pela liberdade, um protesto contra o absolutismo e uma exaltação da monarquia britânica. Segundo o autor:

> Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senador criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário porque o juiz será o legislador. E, se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares[570].

Os três poderes guardam correspondência com três forças sociais antagônicas: o rei, a nobreza ("poder intermediário") e o povo. Montesquieu rechaça uma concepção democrático-radical da separação dos poderes (centrada na ideia de soberania popular no parlamento), pois não basta que o poder seja exercido por pessoas distintas; é necessário representar potências

---

[566] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de: ANABITARTE, Alfredo Gallego. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979, p. 55.

[567] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2677 (Edição Kindle).

[568] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2677 (Edição Kindle).

[569] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2677 (Edição Kindle).

[570] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2683-2691 (Edição Kindle).

distintas[571]. Montesquieu parece inaugurar uma teoria social da separação dos poderes. Nesse norte, o Poder Legislativo deveria ser confiado conjuntamente ao corpo de representantes do povo e à corporação dos nobres. Ocorre, porém, que ambos exercem funções diversas. Montesquieu divide o Legislativo segundo a faculdade de estatuir e de impedir[572]. Aos representantes do povo competiria estatuir, ao passo que aos nobres incumbiria participar do Poder Legislativo por meio do veto. Para além disso, defende que cada qual deverá realizar as suas assembleias e as suas deliberações à parte, com objetivos e interesses separados[573]. Montesquieu atribuiu duas funções ao Poder Legislativo: (i) elaboração de leis e; (ii) fiscalização do Poder Executivo[574]. Como se vê, o Barão de La Brède em larga medida descreveu o funcionamento do Poder Legislativo britânico (Câmara dos Comuns e Câmara dos Lordes) à época. Mais do que isso, jungiu a técnica horizontal da separação dos poderes à técnica vertical dos corpos intermediários[575]. Estes são compreendidos como condições essenciais para o governo moderado, porque são poderes compensatórios contra a tendência inerente de qualquer poder soberano ser monopolizado pelos seus portadores[576]. A ênfase na "correta" representação das potências sociais no Parlamento também revela que Montesquieu escrevia tendo em mente não uma sociedade de iguais, mas uma sociedade de liberdade entre diferentes[577].

De outro lado, o Poder Executivo deveria ser confiado ao monarca. Para Montesquieu, "o poder executivo deve ser colocado entre as mãos de um monarca, porque essa parte do

---

[571] MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo:** a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49483/R%20-%20T%20%20DEBORAH%20DETTMAM%20MATOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 23.02.2020.

[572] Segundo o autor: "Chamo faculdade de estatuir o direito de ordenar por si próprio, ou de corrigir aquilo que foi ordenado por um outro. Chamo faculdade de impedir o direito de tornar nula uma resolução tomada por qualquer outro" (MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2756 – Edição Kindle).

[573] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2749 (Edição Kindle).

[574] "O corpo representativo também não deve ser escolhido para tomar qualquer resolução ativa, coisa que ele não saberia executar bem, mas sim para criar leis, ou para examinar se haviam sido bem-executadas aquelas que ele criou; tarefa esta da qual ele saberia muito bem desempenhar-se, e sendo ele só o único capaz de bem desempenhá-la" (MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2742 – Edição Kindle).

[575] BONAVIDES, Paulo. Montesquieu e o pensamento de liberdade no século XVIII. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 3, set/dez 1961, p. 56.

[576] URBINATI, Nadia. Uma revolta contra os corpos intermediários. Tradução de: IAMAMOTO, Sue; ROSA, Gabriela. **Leviathan**: Cadernos de Pesquisa Política, n. 12, 2016. Disponível em: http://www.journals.usp.br/leviathan/article/viewFile/143426/138095. Acesso em: 23.01.2020, p. 177.

[577] MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes**: Montesquieu republicano e a exegese de a Constituição da Inglaterra. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3547.pdf Acesso em: 24.01.2020, p. 4618.

governo, que tem quase sempre necessidade de uma ação momentânea, tornar-se-á melhor administrada por um só do que por diversos"[578]. O monarca participaria tanto do Poder Executivo, quanto do Legislativo. Evidentemente, exercendo funções diferentes e limitadas. Como forma de evitar a tirania do Legislativo, o monarca deveria participar do Poder Legislativo unicamente por meio do poder de veto, "sem o que seria despojado de suas prerrogativas"[579]. Igualmente, Montesquieu prescreve a irresponsabilidade política e o caráter sagrado do monarca, tendo como corolário a proibição de seu julgamento por parte do Poder Legislativo. Apenas os auxiliares do rei estariam sob a ameaça de um processo de *impeachment*, cujo órgão julgador seria a Câmara dos Lordes. Ao monarca deveriam ser atribuídas as faculdades de *convocação* e *regulação da duração das sessões legislativas*, de forma a evitar o agigantamento do Parlamento e uma possível virada despótica[580].

Finalmente, Montesquieu considerava o Judiciário com um *poder nulo*. Em frase célebre, sustentou que os juízes da nação são a "boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força nem o rigor"[581]. Montesquieu defendia que os juízes deveriam ser meros aplicadores das leis formuladas pelo Legislativo. O juiz não poderia *criar* o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do Poder Legislativo. Nas palavras de Bobbio, ao analisar o princípio da certeza jurídica sob as lentes da doutrina da separação dos poderes, o jurista deveria renunciar "a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido em lei"[582]. Montesquieu defendia que o poder de interpretação do Judiciário fosse o mais limitado possível, em nome de uma maior liberdade dos cidadãos: "nos Estados despóticos, não existem leis, o juiz representa a própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei, e nos lugares em que esta é precisa o juiz a segue; e nos lugares onde não o é o juiz procura interpretar o seu espírito"[583]. Montesquieu sustentava ainda julgamentos baseados na lei e não na "opinião particular do juiz". Julgamentos sem referência à lei, trariam apenas insegurança jurídica e a impossibilidade de conhecimento

---

[578] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2763 (Edição Kindle).

[579] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2815 (Edição Kindle).

[580] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2771 (Edição Kindle).

[581] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2804 (Edição Kindle).

[582] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de: PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006, p. 79-80.

[583] MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 1423-1429 (Edição Kindle).

das condutas permitidas ou proibidas. Ocorre que a prescrição de Montesquieu ignorava a realidade inglesa do século XVIII, pois a atividade dos juízes já era considerada uma atividade criativa[584].

Para Ingeborg Maus, Montesquieu criou o sistema de *checks and balances* ao separar o Judiciário do Executivo e Legislativo, por meio de uma divisão *funcional* do trabalho[585]. Para a autora, o mesmo não teria ocorrido entre Legislativo e Executivo, que permaneceriam relacionados. Nessa seara, a separação seria apenas pessoal, na medida em que o monarca interviria na produção legislativa, por meio do veto[586]. No mais, a possibilidade do Poder Judiciário controlar uma possível tirania do Legislativo não foi aventada por Montesquieu. Como se sabe, o *judicial review* será defendido pelos federalistas americanos décadas depois, moldando a separação dos poderes com novos instrumentos. Para Maus, a propósito, trata-se de uma equivocada interpretação dos federalistas acerca da obra de Montesquieu, para quem seria inconcebível autorizar os juízes a declarar a invalidade das leis, posto que funcionalmente aptos apenas à sua aplicação[587].

A teoria social dos três poderes de Montesquieu abarca na estrutura do estado as três potências sociais, os três estamentos prevalecentes na Europa do século XVIII. O conflito social é transplantado para os órgãos do Estado. Partindo da premissa de que a soberania se expressa na legislação, as três forças sociais são dotadas de soberania, pois apõem sua vontade política aos projetos de lei. Isso porque, segundo Matos, "na engenhosidade descrita por Montesquieu,

---

[584] RADBRUCH, Gustav. **O Espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 46-47.

[585] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade.** Tradução de: CARVALHO, Geraldo de; MENDES, Gercélia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 199 apud MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo:** a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49483/R%20-%20T%20%20DEBORAH%20DETTMAM%20MATOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 23.02.2020, p. 49.

[586] MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo:** a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49483/R%20-%20T%20%20DEBORAH%20DETTMAM%20MATOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 23.02.2020.

[587] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade.** Tradução de: CARVALHO, Geraldo de; MENDES, Gercélia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202 apud MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo:** a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49483/R%20-%20T%20%20DEBORAH%20DETTMAM%20MATOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 23.02.2020.

a lei só produziria seus efeitos se fosse aprovada pela Câmara dos Lordes, pela Câmara dos Comuns e se o projeto não fosse vetado pelo rei"[588].

Conforme aponta Horst Dippel, porém, ao tempo da publicação "Do espírito das leis", a Constituição inglesa não mais previa uma separação estanque entre Legislativo e Executivo[589]. O governo de gabinete havia tornado essa separação uma lembrança do passado. Raymond Aron oferece uma explicação de ordem histórica para o lapso de Montesquieu: o famoso livro XI teria sido escrito anos após a viagem de Montesquieu para a Inglaterra[590]. Vile ameniza a controvérsia sobre a exatidão da descrição da Inglaterra feita por Montesquieu, sob a interpretação de que o mesmo escreveu sobre um país imaginário, como nas "Cartas Persas"[591]. Para o autor, Montesquieu constrói um "tipo ideal"[592]. O equívoco de Montesquieu, porém, parece apontar para uma predileção pela existência de poderes, sobretudo sociais, capazes de se contrapor. Mais do que isso, a teoria social dos três poderes representa uma propensão pela manutenção do *status quo*. Cada potência social seria capaz de manter os seus privilégios já estabelecidos[593]. A possibilidade de alterações substanciais seria refreada pela necessidade de consenso.

Para Raymond Aron, Montesquieu busca a liberdade pela limitação do poder. A partir da experiência constitucional inglesa, a diferenciação social e a distinção de classes são vistas como essenciais à monarquia e indispensáveis à moderação do poder. A rivalidade de classes e

---

[588] MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes**: Montesquieu republicano e a exegese de a Constituição da Inglaterra. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3547.pdf Acesso em: 24.01.2020, p. 4621.

[589] DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**: novas perspectivas. Tradução de: HESPANHA, António Manuel; SILVA, Cristina Nogueira da. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 120.

[590] ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de: BATH, Sérgio. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 9.

[591] VILE, M. J. C. Constitutionalism and the separation of powers. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 78 apud COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação da separação dos poderes**: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014, Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/COMPLETA_REVISITACAO_DO_PRINCIPIO_DA_SEPARACAO_DE_PODERES.pdf. Acesso em: 11.06.2020. p. 54.

[592] VILE, M. J. C. Constitutionalism and the separation of powers. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 78 apud COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação da separação dos poderes**: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014, Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/COMPLETA_REVISITACAO_DO_PRINCIPIO_DA_SEPARACAO_DE_PODERES.pdf. Acesso em: 11.06.2020. p. 54.

[593] MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo:** a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49483/R%20-%20T%20%20DEBORAH%20DETTMAM%20MATOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 23.02. 2020, p 48.

a competição social seriam condições do regime moderado. A ideia de consenso social é a de um equilíbrio de forças. As diversas classes seriam capazes de se equilibrar mutuamente[594].

Althusser enfatiza o caráter aristocrático e partidário da teoria formulada por Montesquieu. Para o autor, o verdadeiro objetivo de Montesquieu é a combinação de potências. Trata-se de um problema político e não jurídico: "a famosa separação dos poderes não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e o povo"[595]. Montesquieu prescreve relações entre os poderes que visam solucionar um problema político de relações de força e não um problema jurídico relativo à definição e extensão da legalidade das competências. A questão que se coloca é: quem ganha com essa divisão? Para Althusser, a ilusão de uma divisão *natural* de poderes esconde uma série de benefícios à nobreza, que ganha duas vantagens específicas: (i) enquanto classe, conquista poder político por meio da câmara alta; (ii) obtém uma garantia contra o povo e o rei, na medida em que os nobres são julgados apenas por seus pares[596]. Observa-se, portanto, que são *escolhas políticas* que determinam as relações e os poderes. Outras combinações de *checks and balances* poderiam ser feitas. Montesquieu opta, no entanto, por uma articulação dos poderes que beneficia a nobreza. Para Althusser, não há nada de natural nesse desenho institucional. Nas palavras de Aron: "de um modo geral, Montesquieu se mostra preocupado com os privilégios da nobreza e o reforço dos corpos intermediários. Não é em absoluto, um doutrinário da igualdade, e menos ainda da soberania popular"[597]. Como visto, apesar das ideias de Montesquieu perdurarem até hoje, trazem em seu bojo certas noções e vozes do passado. A recusa da igualdade e da soberania popular, *e.g.*, é algo que parece particularmente intolerável e reacionário aos dias atuais.

Por fim, é importante ressaltar que Montesquieu em nenhum momento defendeu a existência de três poderes *absolutamente separados* e *sem qualquer relação de interdependência*. Ao contrário, prescreveu um encadeamento entre Legislativo, Executivo e Judiciário; uma série de pesos e contrapesos, de ações e reações, de forma a garantir o almejado governo moderado. Montesquieu ofereceu uma série de exemplos: (i) o Poder Executivo deveria participar da legislação com a faculdade de veto; (ii) o poder de julgar deveria ser concedido ao Legislativo em determinadas circunstâncias, *e.g.*, para o julgamento dos nobres

---

[594] ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de: BATH, Sérgio. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24-25.

[595] ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, a política e a história**. Tradução de: CARY, Luz; COSTA, Luiza. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 135.

[596] ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, a política e a história**. Tradução de: CARY, Luz; COSTA, Luiza. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 127-140.

[597] ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de: BATH, Sérgio. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 57.

etc[598]; (iii) o Legislativo exerceria a fiscalização dos atos do Executivo, ao controlar a aplicação das leis e ao solicitar explicações dos atos administrativos[599]. Para Althusser, a partir da leitura de Eisenmann, a tese de que Montesquieu prescreveu poderes absolutamente separados não passa de um mito decorrente de uma leitura desatenta da obra[600].

Sobre essa polêmica, James Madison[601] ofereceu uma interpretação decisiva de Montesquieu já em 01 de fevereiro de 1788[602]. Nos papéis federalistas, Madison elide críticas à Constituição norte-americana, decorrentes de uma interpretação estreita da obra de Montesquieu. A acusação é a de que a Constituição infringiu o princípio político que exigia a separação e distinção dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Segundo opositores, o princípio foi mal entendido e mal aplicado pelos formuladores da Constituição pendente de ratificação. Entretanto, Madison explica pormenorizadamente que Montesquieu não quis proscrever toda a ação parcial, ou toda a influência dos diferentes poderes uns sobre os outros; o que quis dizer foi: quando dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos[603].

Para além da exegese hermenêutica do texto de Montesquieu, Madison refuta a crítica a partir da realidade empírica das constituições dos diferentes Estados americanos: não havia, em uma só Constituição, exemplo de que os diferentes poderes estivessem inteiramente distintos e separados[604]. A raiz de tal acusação parece ser o texto abstrato de algumas

---

[598] "Os grandes se acham sempre expostos à inveja; e se fossem julgados pelo povo ficariam expostos ao perigo, e não gozariam do privilégio que assiste ao menor dos cidadãos num Estado livre, isto é, o de ser julgado pelos seus iguais. É preciso portanto que os nobres sejam citados a comparecer não diante dos tribunais ordinários da nação mas sim diante de uma junta do corpo legislativo composta de nobres" (MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2793-2801 – Edição Kindle).

[599] "o poder legislativo [...] deve possuir a faculdade, de examinar de que modo as leis que ele criou foram executadas; e é essa a vantagem que tem esse governo sobre o de Creta e o da Lacedemônia, onde os cosmes e os éforos não prestavam contas de sua administração" (MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1, posição 2785 – Edição Kindle).

[600] ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, a política e a história**. Tradução de: CARY, Luz; COSTA, Luiza. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 129-132.

[601] James Madison, Alexander Hamilton e James Jay escreveram sob o pseudônimo *Publius* diversos artigos de jornal defendendo a ratificação da Constituição Americana de 1789. Mais tarde esses artigos seriam reunidos na obra "Os federalistas". Madison foi o quarto Presidente da República dos Estados Unidos da América.

[602] Essa é a data de publicação do artigo "*The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts*" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Library of Congress. **Full text of The Federalist Papers**. Disponível em: https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers. Acesso em: 23.01.2020).

[603] MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 300.

[604] "A minha intenção tem sido fazer ver que a acusação, feita à Constituição, de infringir um princípio sagrado para todo o governo livre, não é fundada nem no verdadeiro sentido atribuído a este princípio por seu autor, nem naquele que até aqui se lhe tem dado na América" (MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 301-304).

constituições estaduais. O texto da Constituição do Estado da Geórgia, de 1777, é paradigmático. O artigo 1° estabelecia que: "Os departamentos Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser separados e distintos, de modo que nenhum exerça os poderes apropriadamente pertencentes ao outro"[605]. Esse tipo de redação textual parece ser a fonte de confusões. Madison, porém, apresenta uma série de exemplos acerca da interdependência entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas antigas colônias. Em diversos estados: (i) o Senado funcionava como tribunal de justiça em caso de *impeachment*; (ii) o Executivo gozava de poder de veto sobre as decisões do Legislativo, ainda que com certas limitações; (iii) membros do Judiciário eram nomeados pelo Poder Executivo. Inúmeros outros exemplos são citados[606]. Isso, porém, não significava uma violação ao princípio da separação dos poderes.

Madison aduz que o respeito ao princípio da separação dos poderes exige que cada um dos poderes não exercite *completamente* as atribuições do outro. Isso não significa, porém, uma separação *completa* dos três poderes. Madison explicita a necessidade de inter-relação entre os poderes. Segundo o autor, "sem uma tal ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na prática ser eficazmente mantido"[607]. François Châtelet, ao interpretar o conteúdo e a extensão da separação dos poderes na obra de Montesquieu conclui que "a potência se distribui na harmonia e na moderação; na colaboração dinâmica e não na separação impotente"[608]. A lição definitiva é que um dos poderes não pode exercitar *diretamente e em toda a sua plenitude* nenhum dos outros poderes.

Essa interpretação será plasmada posteriormente na Constituição dos Estados Unidos da América. Nos Estados Unidos, a separação dos poderes estará desligada da ideia de constituição mista, bem como de determinada estruturação social. Os poderes não representam

---

[605] "*ARTICLE I. The legislative, executive, and judiciary departments shall be separate and distinct, so that neither exercise the powers properly belonging to the other*" (GEÓRGIA. **Constituição do Estado da Geórgia (1777)**. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/ga02.asp. Acesso em: 23.01.2020. Tradução nossa). É curioso que a Constituição vigente do Estado da Geórgia, de 1983, preveja atualmente que: "Os poderes Legislativo, Judicial e Executivo permanecerão para sempre separados e distintos; e nenhuma pessoa que cumpra os deveres de um deve ao mesmo tempo exercer as funções de qualquer um dos outros, *exceto conforme aqui previsto*". "*Paragraph III.* ***Separation of legislative, judicial, and executive powers.*** *The legislative, judicial, and executive powers shall forever remain separate and distinct; and no person discharging the duties of one shall at the same time exercise the functions of either of the others except as herein provided*" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição do Estado da Geórgia (1983).** Disponível em: https://sos.ga.gov/admin/files/Constitution_2013_Final_Printed.pdf. Acesso em: 23.01.2020. Tradução nossa).

[606] Para a integralidade, consultar o capítulo 47 dos papéis federalistas: MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 298-304.

[607] MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 305.

[608] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de: COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 66.

potências sociais, mas o povo. Além disso, a representação do povo estará presente em todos os poderes[609]. A Constituição Americana consagra os *checks and balances*, em detrimento de uma separação estrita, na qual os poderes atuariam de maneira isolada. O sistema proposto abrangia uma ideia de ligação entre os poderes, que desse a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar o outro, evitando que um poder se sobrepusesse aos demais[610].

O grande objetivo era impedir usurpações recíprocas entre os poderes. Hamilton e Madison pregavam, por exemplo, uma certa independência financeira dos poderes do estado[611], a vitaliciedade dos membros do Poder Judiciário[612], o poder limitado de veto do Presidente da República em relação aos atos ou resoluções do Legislativo[613], a divisão e a fragmentação do Poder Legislativo, a competência do Senado: (i) nos processos de *impeachment*[614], e; (ii) no controle dos atos realizados pelo Chefe do Poder Executivo, dentre eles a aprovação de

---

[609] COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação da separação dos poderes**: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014, p. 75-76. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/COMPLETA_REVISITACAO_DO_PRINCIPIO_DA_SEPARACAO_DE_PODERES.pdf. Acesso em: 11.06.2020.

[610] MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 305.

[611] É igualmente evidente que os funcionários públicos, encarregados do exercício de cada um dos poderes, devem ser tão independentes, como seja possível, dos que exercitam os outros, quanto aos emolumentos dos seus empregos. Se o magistrado executivo ou os juízes ficassem nesse artigo dependentes da legislatura, claro está que a sua independência a qualquer outro respeito seria inteiramente ilusória". MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 318. Em outra passagem, afirma Hamilton: "Uma condição essencial ao vigor do Poder Executivo é o estabelecimento de renda suficiente àquele que o exercita: sem ela, a separação dos Poderes Legislativo e Executivo seria absolutamente ilusória; porque o corpo legislativo, dispondo arbitrariamente do salário e emolumentos do magistrado supremo, poderia tomá-lo tão subserviente à sua vontade quanto julgasse desejável" (HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 318).

[612] "[...] devendo os juízes ser vitalícios, não ficarão dependendo daqueles a quem deverem a sua nomeação" (MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 317-318).

[613] "[...] o poder de tomar a enviar à legislatura os projetos que forem oferecidos à sanção, acompanhando-os das objeções que lhe parecer e embaraçando-os de adquirirem força de lei, até que, depois de novo exame, tenham sido ratificados em cada uma das Câmaras pelos dois terços dos votos" (HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 435).

[614] "Alguns dos nossos Estados têm seguido nas suas Constituições esse exemplo; e todos eles, em geral, têm considerado o uso do *impeachment* como um freio posto nas mãos da legislatura, para conter nos limites dos seus deveres os agentes do Poder Executivo. E onde, senão no Senado, se poderia encontrar um tribunal assaz elevado em dignidade ou assaz independente? Que outro corpo teria assaz confiança nas suas próprias forças para conservar ilibada a imparcialidade necessária entre o indivíduo acusado e os representantes do povo, seus acusadores? Seria o Supremo tribunal de justiça? É muito duvidoso que os seus membros tivessem sempre a coragem necessária e, por mais forte razão, assaz autoridade e crédito para fazer adotar e aprovar pelo povo decisões porventura contrárias à acusação instituída pelos seus representantes diretos" (HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 395).

tratados[615]. A atenção maior, porém, era direcionada ao Legislativo[616]. Aqui surge a ideia do *judicial review*. Os *founding fathers* nos legaram a ideia do Poder Judiciário participando do sistema de *checks and balances* como "legislador negativo".

O debate americano sobre as origens do controle de constitucionalidade decorre, sobretudo, do fato de nenhuma norma constitucional autorizar expressamente o *judicial review* pela Suprema Corte Americana[617]. É bastante usual remontar o início do controle de constitucionalidade à celebre decisão Marbury *vs.* Madison, proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803. Todavia, há ampla opinião doutrinária no sentido de que as bases do controle de constitucionalidade já estavam postas anteriormente[618]. Para Francisco Fernández Segado, "Marshall não foi e nunca reclamou ser o criador da doutrina, já que era bem consciente da crescente aceitação da ideia de que a "*constitucional adjudication*" era inerente a própria natureza de uma Constituição escrita"[619].

De fato, existem evidências de que a doutrina do *judicial review* já estava presente em precedentes judiciais pré-Revolução Americana[620], bem como em discussões doutrinárias que tiveram lugar fora da Convenção da Filadélfia, especialmente entre Alexander Hamilton, Melancton Smith, James Iredell e James Wilson, por ocasião da campanha pela ratificação da Constituição Federal Americana[621].

Alexander Hamilton sustentou a necessidade do controle judicial de constitucionalidade no artigo n.º 78 dos *Federalist Papers,* publicado originalmente em 1788. Trata-se da mais notável defesa do que o controle de constitucionalidade *deve ser*, além de fornecer uma prova incontestável sobre a importância do tema "controle de constitucionalidade", previamente à Marbury *vs.* Madison. Hamilton parte de dois pressupostos

---

615 "Quanto à mistura dos poderes, insisto nas explicações já dadas sobre o verdadeiro sentido do princípio que se reclama; e tenho por demonstrado que a reunião do presidente ao Senado, na celebração dos tratados, não infringe realmente a regra" (HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 443).

616 Segundo Madison: "O corpo legislativo estende por toda a parte a esfera de sua atividade e engole todos os poderes no seu turbilhão impetuoso" (MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 305).

617 TREANOR, William. **Judicial Review before Marbury**. Disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=fordham_fc. Acesso em: 10.09.2017, p. 5.

618 William Treanor apresenta casos anteriores à Marbury vs Madison em que o controle de constitucionalidade foi exercido. Vide: TREANOR, William. **Judicial Review before Marbury**. Disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=fordham_fc. Acesso em: 10.09.2017.

619 SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la Justicia Constitucional**. Madrid: Dykinson, 2013, p. 43. Tradução nossa.

620 SEGADO, Francisco Fernández. **La judicial review en la pre-marshall Court**. In: UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 133-178, 2011.

621 TREANOR, William. **Judicial Review before Marbury**. Disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=fordham_fc. Acesso em: 10.09.2017, p. 15-16.

argumentativos: (i) a Constituição como forma de limitação do poder do Estado, especialmente do Poder Legislativo; (ii) a Constituição como lei superior.

Hamilton aduz que Constituição estabeleceu limitações ao Poder Legislativo, visto como o mais perigoso dos poderes, potencial inimigo da Constituição. Segundo Hamilton, algumas *limitações* ao legislador estão expressas na Constituição, como, por exemplo, a proibição de "fazer passar *bills of attainder* e decretos de proscrição, leis retroativas ou coisas semelhantes"[622]. Como consequência necessária da limitação governamental, os tribunais de justiça deveriam ser considerados os baluartes de uma *Constituição limitada* contra as usurpações do corpo legislativo[623]. Paralelamente, Hamilton também sustentou a Constituição como "*fundamental law*". A ideia de uma lei superior que deve vincular os poderes do Estado estava positivada no artigo VI, cláusula 2, da Constituição de 1787[624]. Para Hamilton, negar que a Constituição seja uma lei superior equivaleria a concordar que uma lei pode se sobrepor à Constituição ou que os representantes do povo são superiores ao próprio povo. Trata-se, portanto, de um raciocínio lógico: nenhum ato legislativo pode ser válido se contrariar a Constituição, pois uma autoridade delegada não pode contrariar o conteúdo da delegação[625].

O fato do Poder Judiciário poder declarar nulos atos contrários à Constituição, não significaria que Poder Judiciário fosse superior aos demais poderes. Ao contrário, o poder do povo seria superior a todos: "quando a vontade do corpo legislativo, declarada nas leis, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer"[626].

---

[622] HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 459.

[623] HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 461.

[624] "*2. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding*" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição (1787)**. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 11.06.2020). "**2**. Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados" (Tradução nossa).

[625] "Todo ato de autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem" (HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 459).

[626] DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 28.

5.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DA OBRA DE MONTESQUIEU PARA AS CONSTITUIÇÕES

Se Montesquieu pode ser considerado o formulador da *doutrina* da separação dos poderes, a Declaração de Direitos da Virgínia (conhecida como *Virgínia Bill of Rights*), é responsável por transformar a *doutrina* em *princípio*. Montesquieu publicou "Do espírito das leis" em 1748, enquanto as primeiras constituições no sentido moderno foram promulgadas entre 1776 e 1791.

A Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, é a responsável pela proclamação dos fundamentos constitutivos do constitucionalismo moderno, dentre eles a separação dos poderes e a ideia de que o governo constitucional é por natureza um governo limitado[627]. Nos termos do art. V: "Que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras [...]"[628]. A Constituição americana de 1787, no rastro das constituições estaduais, positivou a separação dos poderes nos arts. I[629], II[630] e III[631].

---

[627] DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas.** Tradução de: HESPANHA, António Manuel; SILVA, Cristina Nogueira da. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 9.

[628] "Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes)., segundo disponham as leis" (VIRGÍNIA. **Declaração de Direitos da Virgínia (1776)**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html. Acesso em: 4 fev. 2020). Segundo Horst Dippel, das 51 (cinquenta e uma) Constituições americanas entre 1776 e 1849 nas quais os direitos humanos foram declarados, um total de 94 (noventa e quatro) distintos direitos foram criados/declarados. São exemplos: soberania popular, direito de resistência, proibição de contribuições especiais, separação dos poderes, direito à participação eleitoral, liberdade religiosa, liberdade de imprensa etc. Dentre esses direitos, 53 (cinquenta e três) foram declarados já em 1776, dentre eles o princípio da separação dos poderes. Vide: Constituição da Virgínia de 1776, Constituição de Maryland de 1776, Constituição da Carolina do Norte de 1776, Constituição de Massachusetts de 1780, Constituição de New Hampshire de 1784 e 1792 (DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**: novas perspectivas. Tradução de: HESPANHA, António Manuel; SILVA, Cristina Nogueira da. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 201-202).

[629] "Seção I - Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes". (**CONSTITUIÇÃO AMERICANA**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000, p. 21).

[630] "Seção I - O Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. [...]". (**CONSTITUIÇÃO AMERICANA**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000, p 28-29).

[631] "Seção I - O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo". (**CONSTITUIÇÃO AMERICANA**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000, p. 31-33).

Na França, a doutrina da separação de poderes ganhou *status* normativo de princípio na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 16 de agosto de 1789. O art. 16 preceituava: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição"[632]. Posteriormente, a Constituição de 1791 estabeleceu nos capítulos III, IV e V, do Título III, uma particular separação dos poderes, fundada no princípio da soberania popular. Na lição de Valdés, os constituintes franceses não estabeleceram um regime de separação absoluta dos poderes, mas um sistema desequilibrado de balança dos poderes[633]. Duguit oferece uma série de exemplos da Constituição francesa de 1791, para demonstrar a interpenetração entre os poderes[634]. A separação do Poder Judiciário não era absoluta em relação ao Legislativo. Ao corpo legislativo, *e.g.*, competia julgar os ministros de estado[635]. Duguit sustenta que ao Legislativo foram atribuídas funções legislativas, executivas e judiciárias.

No Brasil, o princípio da separação dos poderes constou textualmente em todas as constituições, com exceção da Constituição de 1937. Enquanto a Constituição de 1824 se destacou pela previsão de um quarto poder, o poder moderador, a primeira Constituição republicana, de 1891, trouxe vários exemplos de funções típicas e atípicas. Ao Judiciário foi conferida uma função legislativa, por meio do controle de constitucionalidade (art. 59, § 1°), ao passo que ao Legislativo (Senado) cabia exercer funções judiciárias, como a competência para julgar o Presidente em casos de crime de responsabilidade (art. 33). O Presidente da República exercia o Poder Legislativo mediante o veto, nos termos do art. 36, § 1°. Atualmente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, todos os poderes exercem as três funções: administrativas, executivas e judiciárias.

Esses e outros exemplos deixam claro que o ideal de separação absoluta dos poderes nunca foi plenamente concretizado. Conforme leciona Loewenstein, um olhar atento à forma mais comum de governo, o parlamentarismo, seria suficiente para convencer os constitucionalistas de que o Poder Legislativo e o Executivo não estão separados pessoal ou funcionalmente: os membros do governo são membros do parlamento; houve uma integração

---

[632] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração de direitos do homem e do cidadão.** França, 1789. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 23 jan. 2020.

[633] VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El valor de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2018, p. 210.

[634] DUGUIT, L. **La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789**. Trad. Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 101-110.

[635] Art. 8°, da Seção IV, do Capítulo II, do Título III.

desses dois poderes[636]. Apesar da expressão "poderes" estar profundamente enraizada no imaginário social, o que realmente se distribui são funções estatais a diferentes órgãos. Não é à toa que Loewenstein propõe a expressão "separação de funções" em detrimento de "separação dos poderes"[637].

5.3 A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO PODER EXECUTIVO: RELATIVIZANDO A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Atualmente, observa-se o gradativo fortalecimento do Poder Executivo e o correspondente enfraquecimento do Poder Legislativo em todo o mundo. A expressão "crise do Legislativo" é uma realidade global. Segundo Loewenstein, "nada mostra mais claramente a superação da tradicional separação de poderes do que a posição do governo no processo legislativo"[638]. A análise empírica do processo legislativo das principais democracias permite afirmar que o Poder Executivo não se encontra isolado do Poder Legislativo, tampouco se contenta em apenas executar ou administrar. Conforme se verá, o Executivo participa do processo legislativo de inúmeras maneiras, a depender do tipo governamental em perspectiva: (i) democrático ou autoritário[639]; (ii) presidencialista ou parlamentarista.

Segundo Clève, o crescimento das funções do Estado tornou obsoleta a tese do privilégio exclusivo do exercício da iniciativa legislativa aos membros do Poder Legislativo. Atualmente, quase todas as Constituições conferem ao Executivo o poder de iniciativa. Não obstante, mesmo quando esse poder não é formalmente atribuído, como sói ocorrer nos Estados Unidos da América, o Executivo o exerce de modo indireto[640]. O quadro abaixo apresenta o resultado de um trabalho sobre "restrições constitucionais sobre legislação executiva". A pesquisa faz parte do "*Comparative Constitutions Project*", dirigida por Zachary Elkins, da Universidade do Texas, Tom Ginsburg, da Universidade de Chicago e James Melton[641].

---

[636] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de: ANABITARTE, Alfredo Gallego. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979, p. 55.

[637] LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Tradução de: ANABITARTE, Alfredo Gallego. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979. p. 56.

[638] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de: ANABITARTE, Alfredo Gallego. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979, p. 268-269. Tradução nossa.

[639] Obviamente que, nos estados autoritários, o monopólio do governo estará fortemente assentado em todas as fases do processo legislativo. Muitas vezes se tolera o parlamento apenas como órgão figurativo, destinado a dar um selo formal de legitimidade. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de: ANABITARTE, Alfredo Gallego. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979, p. 269.

[640] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Posição 2171 (Edição do Kindle).

[641] COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT. **Constitution rankings**. Disponível em: https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/. Acesso em: 4.02.2020. Tradução nossa.

TABELA 1 - RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE LEGISLAÇÃO EXECUTIVA

Country	Year Enacted	Scope	Length (in Words)	Executive Power	Legislative Power	Judicial Independence	Number of Rights
Algeria	1996	0,61	10.038	7	0,29	1	36
Angola	2010	0,80	27.181	7	0,19	2	80
Bahrain	2002	0,57	10.806	7	0,33	2	48
Belarus	1994	0,61	13.278	7	0,33	2	62
Brunei	1959	0,33	13.869	7	0,00	0	2
Burkina Faso	1991	0,59	10.030	7	0,29	3	54
Burundi	2005	0,66	17.574	7	0,29	2	55
Cameroon	1972	0,46	8.444	7	0,24	1	36
Ecuador	2008	0,79	54.555	7	0,14	2	99
Equatorial Guinea	1991	0,57	5.575	7	0,14	1	33
France	1958	0,50	10.180	7	0,24	2	13
Gabon	1991	0,66	11.804	7	0,33	1	40
Guinea	2010	0,64	12.707	7	0,24	3	44
Jordan	1952	0,54	10.239	7	0,19	1	35
Kuwait	1992	0,51	8.197	7	0,33	1	38
Madagascar	2010	0,60	15.759	7	0,19	1	46
Mali	1992	0,54	7.503	7	0,24	2	43
Morocco	2011	0,64	15.897	7	0,19	3	53
Mozambique	2004	0,73	24.171	7	0,14	2	64
Romania	1991	0,57	14.663	7	0,43	1	71
Russia	1993	0,64	12.908	7	0,24	3	64
Senegal	2001	0,53	10.866	7	0,29	2	33
Spain	1978	0,63	17.608	7	0,38	1	60
Syria	2012	0,63	8.154	7	0,33	0	42
Tunisia	2014	0,70	9.508	7	0,38	2	45
Afghanistan	2004	0,67	10.227	6	0,38	2	37
Andorra	1993	0,51	8.740	6	0,19	3	51
Armenia	1995	0,66	13.786	6	0,29	4	82
Azerbaijan	1995	0,63	17.354	6	0,29	3	72

Country	Year Enacted	Scope	Length (in Words)	Executive Power	Legislative Power	Judicial Independence	Number of Rights
Bulgaria	1991	0,70	13.641	6	0,52	6	70
Chile	1980	0,67	25.821	6	0,33	4	46
Congo	2001	0,60	9.970	6	0,29	2	55
Cote d'Ivoire	2000	0,50	7.897	6	0,33	3	36
Croatia	1991	0,59	10.898	6	0,43	4	69
Dominican Republic	2010	0,70	29.710	6	0,29	4	75
Egypt	2014	0,77	22.626	6	0,48	1	65
Estonia	1992	0,59	11.344	6	0,38	2	66
Hungary	2011	0,69	15.247	6	0,33	2	68
Kazakhstan	1995	0,56	13.482	6	0,14	3	57
Kosovo	2008	0,66	19.782	6	0,29	5	73
Lebanon	1926	0,47	6.296	6	0,14	1	14
Mauritania	1991	0,49	6.997	6	0,33	1	31
Mongolia	1992	0,56	8.250	6	0,33	4	62
Peru	1993	0,70	19.216	6	0,33	5	72
Poland	1997	0,66	19.602	6	0,43	3	60
Qatar	2003	0,51	6.848	6	0,29	1	32
Rwanda	2003	0,63	16.940	6	0,33	4	53
Slovenia	1991	0,61	11.406	6	0,52	5	72
South Sudan	2011	0,73	27.191	6	0,33	4	48
Sudan	2005	0,71	26.644	6	0,38	2	49
Togo	1992	0,57	10.252	6	0,29	1	49
Ukraine	1996	0,66	19.299	6	0,48	4	70
Vanuatu	1980	0,51	8.425	6	0,29	4	28
Venezuela	1999	0,66	37.344	6	0,38	1	82
Zimbabwe	2013	0,81	55.883	6	0,33	4	74
Albania	1998	0,61	13.826	5	0,43	5	77
Bolivia	2009	0,74	39.375	5	0,33	4	88
Brazil	1988	0,70	64.488	5	0,48	5	79
Cambodia	1993	0,61	8.936	5	0,52	2	52
Cape Verde	1980	0,76	32.132	5	0,43	1	87

Country	Year Enacted	Scope	Length (in Words)	Executive Power	Legislative Power	Judicial Independence	Number of Rights
Central African Rep.	2013	0,57	9.767	5	0,24	3	48
Colombia	1991	0,76	46.902	5	0,33	3	76
Comoros	2001	0,44	6.185	5	0,24	1	23
Congo, Dem. Rep.	2005	0,70	19.285	5	0,38	1	58
Costa Rica	1949	0,63	16.705	5	0,29	1	55
Georgia	1995	0,66	11.490	5	0,43	2	63
Germany	1949	0,71	27.379	5	0,29	2	48
Guatemala	1985	0,60	28.692	5	0,38	1	63
Liechtenstein	1921	0,47	9.513	5	0,19	2	29
Luxembourg	1868	0,53	5.601	5	0,33	3	27
Moldova	1994	0,61	12.818	5	0,38	2	65
Monaco	1962	0,37	3.814	5	0,14	2	26
Montenegro	2007	0,64	11.572	5	0,43	4	76
Namibia	1990	0,59	24.198	5	0,24	4	59
Netherlands	1815	0,43	8.739	5	0,29	1	26
Niger	2010	0,66	14.806	5	0,43	1	46
Norway	1814	0,51	7.307	5	0,33	2	39
Oman	1996	0,56	7.233	5	0,05	1	39
Pakistan	2002	0,64	56.240	5	0,29	3	45
Panama	1972	0,59	26.097	5	0,19	2	63
Portugal	1976	0,76	35.219	5	0,29	1	87
Sao Tome and Principe	1975	0,51	7.988	5	0,38	1	62
Seychelles	1993	0,63	39.729	5	0,19	3	61
Slovak Republic	1992	0,67	18.402	5	0,33	5	74
Somalia	2012	0,64	19.823	5	0,33	1	57
South Korea	1948	0,66	9.059	5	0,38	4	56
Sri Lanka	1978	0,67	40.085	5	0,19	4	40
Sweden	1974	0,61	13.635	5	0,52	1	34
Tajikistan	1994	0,63	7.917	5	0,24	3	65

Country	Year Enacted	Scope	Length (in Words)	Executive Power	Legislative Power	Judicial Independence	Number of Rights
Thailand	2014	0,59	7.683	5	0,14	1	2
Turkey	1982	0,69	29.727	5	0,38	4	68
Uruguay	1985	0,66	29.911	5	0,48	1	54
Uzbekistan	1992	0,59	7.941	5	0,33	2	55
Bangladesh	1986	0,63	27.643	4	0,33	5	49
Belgium	1831	0,59	16.119	4	0,38	3	35
Benin	1990	0,56	11.386	4	0,29	1	43
Bhutan	2008	0,64	13.632	4	0,29	5	44
Chad	1996	0,57	11.768	4	0,38	3	44
Czech Republic	1993	0,60	14.580	4	0,38	2	57
Denmark	1953	0,53	6.221	4	0,43	1	21
Djibouti	1992	0,41	6.666	4	0,38	1	26
El Salvador	1983	0,64	22.823	4	0,38	3	61
Haiti	1987	0,69	18.488	4	0,62	4	49
Honduras	1982	0,69	23.434	4	0,33	4	68
Iceland	1944	0,43	4.089	4	0,29	1	40
India	1949	0,60	146.385	4	0,19	4	44
Iraq	2005	0,60	11.550	4	0,43	1	53
Italy	1947	0,67	11.708	4	0,24	1	56
Kyrgyzstan	2010	0,71	14.327	4	0,33	3	69
Lithuania	1992	0,66	12.214	4	0,38	3	66
Malaysia	1957	0,59	64.080	4	0,10	2	31
Malta	1964	0,47	31.820	4	0,14	2	46
Mexico	1917	0,76	57.087	4	0,33	4	81
Nicaragua	1987	0,64	20.535	4	0,33	2	77
Samoa	1962	0,34	19.611	4	0,14	4	37
Saudi Arabia	1992	0,49	6.335	4	0,14	3	15
Singapore	1963	0,50	40.076	4	0,24	3	18
South Africa	1996	0,64	43.062	4	0,29	5	60
Tonga	1875	0,41	10.192	4	0,29	1	20
Turkmenistan	2008	0,50	5.735	4	0,14	1	56

Country	Year Enacted	Scope	Length (in Words)	Executive Power	Legislative Power	Judicial Independence	Number of Rights
United Arab Emirates	1971	0,47	11.557	4	0,10	2	32
Zambia	1991	0,63	30.696	4	0,10	4	50
Antigua and Barbuda	1981	0,56	38.464	3	0,14	0	39
Argentina	1983	0,64	12.514	3	0,43	6	51
Austria	1945	0,57	41.366	3	0,43	1	15
Bahamas	1973	0,47	41.835	3	0,14	2	39
Barbados	1966	0,40	34.144	3	0,19	3	40
Belize	1981	0,47	39.629	3	0,24	4	46
Botswana	1966	0,43	30.713	3	0,10	4	36
Cuba	1976	0,54	12.893	3	0,38	1	45
Cyprus	1960	0,53	37.006	3	0,19	3	52
Dominica	1978	0,54	36.080	3	0,14	0	38
Eritrea	1997	0,54	6.753	3	0,48	4	54
Ethiopia	1994	0,64	13.630	3	0,48	4	77
Fiji	2013	0,63	40.773	3	0,43	4	64
Finland	1999	0,61	12.640	3	0,48	1	48
Gambia	1996	0,73	43.465	3	0,33	6	62
Ghana	1992	0,71	53.985	3	0,29	4	61
Greece	1975	0,73	26.989	3	0,24	3	56
Grenada	1991	0,47	33.737	3	0,14	1	39
Guinea-Bissau	1984	0,57	7.820	3	0,33	0	47
Guyana	1980	0,59	46.221	3	0,19	3	57
Indonesia	1959	0,56	5.915	3	0,33	2	32
Ireland	1937	0,56	16.007	3	0,38	3	31
Jamaica	1962	0,40	38.048	3	0,10	1	35
Laos	1991	0,46	4.820	3	0,43	2	27
Latvia	1991	0,51	4.917	3	0,38	2	44
Lesotho	1993	0,56	45.532	3	0,14	3	55
Macedonia	1991	0,60	13.486	3	0,38	3	68
Malawi	1994	0,67	33.422	3	0,43	4	66

Country	Year Enacted	Scope	Length (in Words)	Executive Power	Legislative Power	Judicial Independence	Number of Rights
Mauritius	1968	0,47	37.320	3	0,14	3	36
Micronesia	1978	0,46	5.271	3	0,19	4	36
Myanmar	2008	0,60	40.492	3	0,38	4	39
Nepal	2006	0,70	32.753	3	0,29	6	56
Paraguay	1992	0,61	25.461	3	0,33	4	74
Philippines	1987	0,71	21.954	3	0,33	4	63
Saint Kitts and Nevis	1983	0,56	49.643	3	0,10	1	36
Saint Lucia	1978	0,61	38.271	3	0,10	0	41
Serbia	2006	0,64	19.891	3	0,43	1	88
Sierra Leone	1996	0,54	44.636	3	0,19	5	56
Suriname	1987	0,57	12.488	3	0,24	2	48
Tanzania	1977	0,59	35.651	3	0,33	2	38
Timor	2002	0,64	15.307	3	0,33	2	67
Trinidad and Tobago	1976	0,51	32.567	3	0,10	3	33
Australia	1901	0,43	17.318	2	0,14	3	11
Bosnia and Herzegovina	1995	0,41	5.454	2	0,24	0	28
Canada	1867	0,40	19.565	2	0,05	1	36
China	1982	0,51	10.960	2	0,38	2	33
Iran	1979	0,66	16.179	2	0,38	4	45
Japan	1946	0,36	4.998	2	0,38	2	48
Kenya	2010	0,81	48.818	2	0,29	5	72
Kiribati	1979	0,54	26.080	2	0,10	4	41
Liberia	1986	0,59	11.667	2	0,33	4	49
Nauru	1968	0,33	13.714	2	0,14	1	34
Nigeria	1999	0,63	66.263	2	0,38	4	57
Papua New Guinea	1975	0,47	58.490	2	0,33	2	53
Swaziland	2005	0,66	48.604	2	0,29	5	61
Taiwan	1947	0,50	11.558	2	0,33	4	29
Tuvalu	1986	0,40	34.801	2	0,19	2	40

Country	Year Enacted	Scope	Length (in Words)	Executive Power	Legislative Power	Judicial Independence	Number of Rights
Uganda	1995	0,69	49.448	2	0,24	5	70
Vietnam	1992	0,51	11.344	2	0,43	0	45
Maldives	2008	0,61	23.991	1	0,38	5	74
Marshall Islands	1979	0,44	21.429	1	0,19	5	46
New Zealand	1852	0,21	48.438	1	0,19	4	40
North Korea	1972	0,50	7.364	1	0,33	1	35
Solomon Islands	1978	0,41	31.836	1	0,05	4	41
Switzerland	1999	0,63	16.484	1	0,33	1	65
U.S.A.	1789	0,49	7.762	1	0,38	3	35
Israel	1958	0,39	17.053	0	0,19	4	6
United Kingdom	1215	0,43	54.408	0	0,09	3	44

FONTE: *Comparative Constitutions Project*[642].

O índice na coluna "Poder Executivo" transita entre 0 a 7 e mede a presença ou ausência de sete critérios importantes da função legislativa do Poder Executivo: (1) o poder de iniciar a legislação; (2) o poder de emitir decretos; (3) o poder de iniciar emendas constitucionais; (4) o poder de declarar estados de emergência; (5) poder de veto; (6) o poder de contestar a constitucionalidade da legislação; e (7) o poder de dissolver a legislatura. O índice indica o número total desses poderes concedidos a qualquer Executivo nacional (presidente, primeiro ministro ou outra denominação específica) como um todo[643]. Ainda que o resultado da pesquisa não desça ao pormenor de que aspecto está presente ou ausente em cada país específico, percebe-se que democracias constitucionais consolidadas, como Franca e Espanha, possuem índice 7.

O parlamentarismo também é "vítima" da hipertrofia do Poder Executivo. A imagem de um parlamento soberano e de um Executivo subordinado não parecem corresponder à realidade constitucional vigente nos principais países democráticos ocidentais. As decisões políticas fundamentais, que requerem no estado democrático de direito uma formalização por meio da legislação, estão nas mãos do Executivo e não do Legislativo. O Executivo influência

[642] COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT. Constitution rankings. Disponível em: https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/. Acesso em: 4 fev. 2020.
[643] COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT. Constitution rankings. Disponível em: https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/. Acesso em: 4 fev. 2020. Tradução nossa.

fortemente a formulação das leis. Regra geral, a iniciativa de decisão parte do governo. O parlamento, ao aprovar, assume a responsabilidade da medida. De outro lado, o rechaço das medidas é interpretado como controle político do parlamento sobre o líder do governo.

Segundo Limongi, dois indicadores são capazes de caracterizar os governos parlamentaristas contemporâneos: (i) a *taxa de sucesso*, isto é, das proposições de iniciativa do executivo, a proporção do que é aprovado sobre o total enviado por este poder; (ii) a *taxa de dominância*, que significa o percentual de leis cuja proposição se deve ao Executivo do total de leis aprovadas no período[644]. Números coletados por instituições internacionais demonstram que tanto a taxa de sucesso quanto a taxa de dominância nos países parlamentaristas atingem em média 90%. As altas taxas de sucesso e de dominância são um sucedâneo da existência de disciplina partidária no âmbito do Poder Legislativo em países parlamentaristas. Em síntese, o parlamentarismo repousaria em dois pilares sólidos: supremacia do Executivo e apoio partidário eficiente[645].

No parlamentarismo inglês, por exemplo, o controle governamental opera plenamente. A iniciativa legislativa jaz quase exclusivamente nos membros do gabinete. O número de *private member's bill*[646] aprovados é residual e irrisório[647]. Na França, a autoridade da iniciativa legislativa é compartilhada entre o Primeiro Ministro e os membros do Parlamento, nos termos do art. 39 da Constituição[648]. A terminologia muda de acordo com a origem da iniciativa: no caso do primeiro ministro a expressão é "*projet de loi*", ao passo que, no caso de uma proposta formulada por membro do parlamento, o termo utilizado é "*proposition de loi*". Na prática, segundo informações veiculadas pelo próprio Senado francês, a maioria das leis são propostas pelo Primeiro Ministro[649]. A função legislativa da Assembleia Nacional foi reduzida e reforçado

---

644 LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos 76**, nov. 2006, p. 21.

645 LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos 76**, nov. 2006, p. 22-23.

646 Trata-se do projeto de lei, em um sistema parlamentar de governo, proposto por um legislador que não está agindo em nome do poder executivo.

647 HOUSE OF COMMONS LIBRARY. **Successful private member's bills since 1983**. Disponível em: https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN04568. Acesso em: 28.01.2018.

648 "*Article 39. Both the Prime Minister and Members of Parliament shall have the right to initiate legislation* […]" (FRANÇA. **Constituição (1958)**. Disponível em: http://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly Acesso em: 28.02.2020).

649 "Por direito, os membros da Assembleia Nacional e do Senado, como o Governo, têm o direito de iniciativa legislativa. Na prática, a maior parte da legislação francesa é dependente de projetos de lei propostos pelo governo" (FRANÇA. Sénat. **La procédure législatif.** Disponível em: http://www.senat.fr/role/fiche/procedure_leg.html. Acesso em: 28.01.2020. Tradução nossa).

o papel do Executivo, especialmente por meio dos recursos da votação conjunta (art. 44.3[650]) e da "guilhotina" (art. 49.3)[651]. A votação conjunta permite ao governo agrupar artigos e emendas seletivamente, de modo a impor ao parlamento a aceitação ou rejeição de todo o pacote. De outro lado, a guilhotina permite ao governo empenhar sua responsabilidade em um projeto de lei. Se o parlamento não propor e aprovar um voto de censura em 24h, o projeto é aprovado.

No sistema presidencialista a situação não é diferente. Segundo Clève, no Brasil e nos demais países da América Latina, o Executivo jamais foi impedido de manejar o poder de iniciativa[652]. Estudos empíricos demonstram que o Brasil não é diferente de democracias ocidentais parlamentaristas. A taxa de sucesso no período 1988 até 2006 é de 70,7%[653]. De outro lado, a taxa de dominância é de 85,6%. Nesse aspecto, Itamar Franco e Luís Inácio Lula da Silva tiveram dominância acima de 90%, enquanto Fernando Henrique Cardozo teve taxa de 85%[654]. Na lição de Argelina Figueiredo e Limongi, "os presidentes 'formam o governo' da mesma forma que os primeiros ministros multipartidários, isto é, distribuem ministérios aos partidos e formam assim uma coalizão que deve assegurar os votos necessários no Legislativo"[655].

Para além da participação do Executivo no processo legislativo por meio da iniciativa, da sanção e do veto, as constituições atuais preveem o exercício de funções legislativas diretas. Ao Executivo é conferido o poder de elaborar diretamente atos normativos, dotados ou não de força de lei. No amplo espectro de faculdades legislativas atribuídas ao Executivo, podem ser distinguidas algumas formas: (i) a delegação legislativa; (ii) o poder regulamentar, e; (iii) outras formas de atividade legislativa diretamente concedidas pelo texto constitucional[656].

---

[650] "Se solicitado pelo governo, a assembleia convocada se pronuncia através de um único voto sobre a totalidade ou parte do texto em discussão, mantendo somente as alterações propostas ou aceitas pelo Governo" (FRANÇA. **Constituição** (1958). Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020).

[651] "O Primeiro-Ministro pode, após deliberação do Conselho de Ministros, comprometer a responsabilidade do Governo perante a Assembleia Nacional sobre o voto de um projeto de lei de finanças ou financiamento da previdência social. Nesse caso, esse projeto é considerado como adotado, exceto se uma moção de censura, apresentada nas vinte e quatro horas que se seguem, for votada nas condições previstas no parágrafo precedente. O Primeiro-Ministro pode, além disso, recorrer a este procedimento para outro projeto ou para uma proposta de lei por sessão" (FRANÇA. **Constituição** (1958). Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 28 fev.2020).

[652] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Posição 2263 (Edição do Kindle).

[653] LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos 76**, nov. 2006.

[654] LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos 76**, nov. 2006.

[655] FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 101.

[656] Em sentido semelhante: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Posição 2162 (Edição do Kindle).

5.3.1 Delegação legislativa

A deleção legislativa ocorre quando a constituição autoriza a transferência, mediante ato do Poder Legislativo, da tarefa legislativa ao Executivo[657]. A raiz desse instituto reside em possíveis dissensões políticas do seio do parlamento, que se mostra incapaz de realizar, por si próprio, a regulamentação de determinada matéria[658]. Assim, delega por meio de ato normativo a tarefa ao governo. Como se verá, a delegação legislativa não se confunde com a autorização para ditar regulamentos de execução, pois pertence ao campo exclusivo da legislação parlamentar. No mais, a delegação legislativa é concedida por períodos temporais determinados, jamais para períodos ilimitados.

Segundo Loewenstein, o país da legislação delegada por excelência é a França. A experiência da delegação legislativa remete à primeira guerra mundial e a necessidade de produção de legislação em momento de crise[659]. Após breve proibição da delegação na Constituição de 1946, a Constituição de 1958 voltou a prever a delegação legislativa no art. 38[660]. A delegação carece de aprovação pelo Parlamento e as portarias Governamentais são aprovadas no Conselho de Ministros, após prévio parecer do Conselho de Estado. As portarias entram em vigor a partir da sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for apresentado perante o Parlamento antes da data fixada pela lei de habilitação. A Constituição Portuguesa também permite a delegação, denominada neste país de "leis de autorização legislativa", nos termos do art. 165 da Constituição[661]. Segundo esse dispositivo, "as leis de

---

[657] FORTES, Bonifácio. **Delegação Legislativa**. Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, como abertura do Curso de Extensão Universitária da IX Semana Nacional de Estudos Jurídicos, realizada em comemoração do 1º centenário de nascimento de Clóvis Beviláqua. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/21411/20170. Acesso em: 28.01.2020.

[658] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de: ANABITARTE, Alfredo Gallego. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979, p. 276.

[659] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de: ANABITARTE, Alfredo Gallego. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979, p. 277.

[660] "Artigo 38. O Governo pode, para a execução do seu programa, pedir ao Parlamento autorização para tomar com base em portarias, durante um prazo limitado, medidas que estão normalmente no âmbito da lei. As portarias são aprovadas no Conselho de Ministros após edital do Conselho de Estado. Entram em vigor a partir da sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for apresentado perante o Parlamento antes da data fixada pela lei de habilitação. Eles podem ser ratificados apenas de forma expressa. À expiração do prazo mencionado no primeiro parágrafo do presente artigo, as portarias podem ser alteradas apenas pela lei nas matérias que são do domínio legislativo" (FRANÇA. **Constituição** (1958). Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 28.02. 2020).

[661] Citações aos exemplos de Portugal, Espanha e França também podem ser encontrados em: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Posição 2617-2657. (Edição do Kindle).

autorização legislativa devem definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada"[662]. As autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada e caducam com a demissão do Governo a que tiverem sido concedidas, com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembleia da República. Na Espanha, o art. 82 da Constituição igualmente permite a delegação. As Cortes Gerais poderão delegar ao Governo o poder de ditar normas com categoria de lei sobre determinadas matérias[663]. A delegação será outorgada especificamente ao Governo, de forma expressa, para elaborar ato normativo sobre matéria certa e determinada, com prazo definido. A delegação legislativa será outorgada por uma lei de bases, quando seu objeto visar a formação de textos articulados, ou por uma lei ordinária, quando objetivar refundir vários textos legais em um só. Nos termos do art. 85 da Constituição, as disposições do Governo que contenham legislação delegada receberão o título de Decretos Legislativos. Frise-se, a título de exemplo, que outras constituições europeias do pós-guerra também preveem a delegação legislativa: (i) a Constituição italiana de 1947 (art. 76); (ii) a Constituição alemã de 1949 (art. 75).

A experiência dos países pertencentes ao Mercosul não é diferente. A Argentina, *e.g.*, consagrou no texto constitucional um regime ambíguo, que proíbe a delegação como princípio, mas o permite amplamente por meio do preenchimento de determinadas condições. O art. 76 da Constituição proíbe a delegação legislativa ao Poder Executivo, "salvo em determinadas matérias de administração ou de emergência pública, com prazo fixado para o seu exercício e dentro das bases de delegação que o Congresso estabeleça"[664]. Segundo Alfonso Santiago, o objetivo do legislador constituinte foi afastar a insincera doutrina jurisprudencial da delegação imprópria, para finalmente dotar a constituição de práticas de um governo moderno[665]. Segundo o autor, apesar do Congresso ter especificado a amplitude da expressão "matérias de administração", o mesmo não ocorreu com o requisito da "emergência pública", o que permite

---

[662] PORTUGAL. **Constituição** (1976). Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 9.06.2020.

[663] ESPANHA. **Constituição** (1978). Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf. Acesso em: 28.01.2020.

[664] "*Artículo 76. Se prohibe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en matérias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del trascurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa*" (ARGENTINA. Constituição (1995). In: **Constituições dos países do Mercosul**: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 93).

[665] SANTIAGO, Alfonso. **Facultades legislativas del Congreso delgadas al Poder Ejecutivo**. Disponível em: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/F/facultades_legislativas.html#nota1. Acesso em: 28.01.2020.

a delegação em inúmeros casos[666]. O art. 32.3, da Constituição do Chile, determina que compete ao Presidente da República, ditar, sob prévia delegação de faculdade do Congresso, decretos com força de lei sobre matérias assinaladas na Constituição[667].

No Brasil, segundo Bulos, as leis delegadas existem desde a Constituição de 1891, ainda que sem expressa previsão normativa. A praxe era conceder ao Executivo autorizações legislativas para realizar determinadas reformas legais. As leis delegadas ganharam assento constitucional em 1961, por meio da Emenda Constitucional n.º 4. Posteriormente, as leis delegadas foram disciplinadas na Constituição de 1967 (art. 55)[668]. Atualmente, a delegação deve ser solicitada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional (art. 68, CF). Trata-se de ato normativo primário, elaborado e editado pelo Presidente da República. Após o Congresso Nacional receber do Presidente da República a solicitação para elaboração da lei delegada, a matéria é posta em votação. Uma vez aprovada, resolução do Congresso Nacional deve especificar o conteúdo da matéria entregue à disposição legislativa do Presidente da República, bem como estabelecer os termos para o seu exercício (art. 68, § 2º, CF). O art. 68, § 1º, CF, estabelece algumas limitações de conteúdo à lei delegada, dentre elas matéria reservada à lei complementar, de competência privativa do Congresso Nacional ou de uma das suas casas, nacionalidade etc.

5.3.2 Poder regulamentar

O poder regulamentar do Executivo é reconhecido como uma necessidade contemporânea. Para Mário Aroso de Almeida, "os parlamentos não foram concebidos nem estruturados com o objetivo de produzir normas com a rapidez, quantidade e tecnicidade exigidas pelas sociedades contemporâneas"[669]. Trata-se de uma forma da Administração Pública oferecer uma resposta, ainda que sob as balizas da legislação, para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade. Os regulamentos também são defendidos sob uma perspectiva de legitimidade democrática. Enquanto a administração era dirigida pelo monarca, as objeções e desconfianças seriam plausíveis. Todavia, com o princípio

---

[666] SANTIAGO, Alfonso. **Facultades legislativas del Congreso delgadas al Poder Ejecutivo**. Disponível em: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/F/facultades_legislativas.html#nota1. Acesso em: 28.01.2020.

[667] CHILE. Constituição (1980). In: **Constituições dos países do Mercosul**: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 412.

[668] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1178-1179.

[669] ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria geral do direito administrativo**: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012, p. 87.

da soberania popular alcançando o Poder Executivo, cessariam as razões para vedar a atividade legiferante do Executivo[670]. Ao fim e ao cabo, todos os poderes resultam da Constituição e o Poder Executivo goza da legitimidade democrática decorrente do sufrágio secreto, direto e universal. Conforme demonstra o direito constitucional comparado, as diferentes Constituições do século XX reconheceram a necessidade de abertura do poder normativo ao Poder Executivo. Atualmente, soa absurdo vedar o Poder Executivo de exercer o poder regulamentar.

O poder regulamentar é uma das formas com que se manifesta a função normativa do Poder Executivo[671]. Os regulamentos integram o ordenamento jurídico, mas não possuem força de lei. Costuma-se classificar o regulamento em duas espécies: (i) o *regulamento de execução*, e; (ii) o *regulamento autônomo*. O regulamento de execução é o regulamento por excelência; serve para complementar a lei. Na história constitucional brasileira remete já à Constituição de 1824 (art. 102, XII)[672]. Atualmente, nos termos do art. 84, inciso IV, CF, deve ser elaborado com vistas à "fiel execução da lei"[673]. O poder regulamentar possui limites; não pode substituir a função legislativa, no sentido de criar ou modificar leis. O regulamento de execução não pode "inovar a ordem jurídica". Isso porque, a subordinação da atividade administrativa à norma jurídica é um dos pressupostos fundamentais do Estado de Direito. Segundo Binenbojm, a vedação à inovação da ordem jurídica deve ser vista com temperamentos. Os regulamentos de execução de alguma maneira sempre inovam a ordem jurídica, sob pena de irrelevância. Parte-se do pressuposto kelseniano de que toda aplicação do direito é também um ato de criação do direito[674]. Não se pode *criar algo*, sem de alguma maneira inovar o ordenamento.

De outro lado, o regulamento autônomo é aquele que inova na ordem jurídica, pois estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei[675]. O regulamento autônomo tem por fundamento a própria Constituição, razão pela qual prescinde da lei como alicerce de sua existência. Se até pouco tempo atrás era controversa a existência do regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional n.º 32/2001 tratou de pacificar a questão. O art. 84, inciso VI, alínea "a", CF, expressamente prevê a possibilidade do Presidente

---

[670] ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria geral do direito administrativo**: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012, p. 88.
[671] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 87.
[672] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 156.
[673] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.
[674] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constituciobalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 156; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 263-269.
[675] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 87.

da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

A doutrina se divide na qualificação do *regulamento*. Segundo Clève, regulamento, em sentido estrito, é aquele cujo fundamento formal reside na Constituição. No caso brasileiro, apenas poderia ser denominado de regulamento o ato normativo secundário editado pelo Chefe do Executivo, nos termos do art. 84, incisos IV, CF, que estabelece que compete privativamente ao Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"[676]. Em sentido amplo, o regulamento é compreendido como ato normativo formalmente decorrente da lei. Trata-se de ato normativo secundário, que encontra limites nos objetivos fixados na lei. Assim, poderiam ser denominamos regulamentos, em sentido amplo, quaisquer atos normativos provenientes da administração, desde que amparados por lei. Barroso parece adotar a mesma posição, ao dizer que o poder regulamentar, "em sentido rigorosamente técnico, é privativo do Presidente da República"[677]. Todavia, complementa que órgãos e entidades da administração pública "titularizam, em certos casos, competências para expedir atos normativos administrativos, - gênero do qual regulamento é espécie"[678]. Para Marçal Justen Filho essa distinção não faz sentido. Segundo o autor, "a competência para editar regulamentos não é privativa do Presidente da República, mas se divide entre as diversas entidades integrantes da administração pública"[679]. Gustavo Binenbojm segue a mesma linha, ao dizer que "regulamentos são não apenas os atos normativos editados pelo Presidente da República, mas também os estatutos emanados das entidades administrativas dotadas de poder normativo"[680]. Para Binenbojm uma interpretação sistemática da Constituição alberga esse entendimento, pois há previsão constitucional para a criação de autarquias e entidades reguladoras de setores específicos (art. 37, XIX, CF e arts. 21, XI, e 177, § 2º, III, CF), para além do princípio da eficiência (art. 37, CF) e do art. 174, CF, que atribui funções normativas e reguladoras à Administração, na forma da lei[681]. Em síntese, o regulamento seria o *gênero* do qual derivariam duas *espécies*: (i) o regulamento presidencial, e; (ii) o regulamento setorial. A diferença entre as espécies diria

---

[676] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Posição 8128 (Edição do Kindle).

[677] BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173.

[678] BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173.

[679] Para Justen Filho: "A redação do art. 84, IV, da Constituição não significa uma reserva constitucional privativa para o Presidente da República editar regulamentos" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 672).

[680] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constituciobalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 153.

[681] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constituciobalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 154.

respeito à amplitude do prisma das normas regulamentares: "enquanto o regulamento presidencial tem pretensão de maior alcance e generalidade, o regulamento setorial tem espectro de incidência normalmente circunscrito ao setor (econômico ou social) regulado"[682]. Refuta-se, assim, uma diferenciação entre *norma política* e *norma técnica*, que parece dominar o Supremo Tribunal Federal, *ex vi* da ADI n.º 4.874[683].

Destaque-se, neste sentido, os regulamentos formulados pelas agências reguladoras. No Brasil, as agências reguladoras foram criadas como autarquias de regime especial. O denominado regime especial se caracteriza por uma independência: política, técnica, normativa e gerencial[684]. As agências reguladoras possuem ampla competência normativa em relação aos respectivos setores regulados. A Constituição Federal brasileira, nos arts. 27, XI e 177, § 2º, III, *e.g.*, fez expressa referência à ANATEL e à ANP como órgãos reguladores. Reconhece-se, com relação à ANATEL e à ANP, uma ampla função normativa, pois se tratam de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores[685]. Nesse sentido, essas agências poderiam regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios e *standards*. Um exemplo é o art. 48, inciso I, alínea "c", da Lei n.º 9.478/97, que confere *royalties* de 10% (dez por cento) aos municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, "na forma e critérios estabelecidos pela ANP". Como se vê, compete à ANP regular o que sejam "municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo"[686].

O modelo de agências regulatórias remete à experiência dos Estados Unidos. As "agências reguladoras independentes" são órgãos federais criados por ato do Congresso, independente dos departamentos executivos. Embora consideradas partes do Executivo, essas

---

[682] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constituciobalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155.

[683] A Min. Rosa Weber cita Marcos Juruena Villela Souto, para chancelar a diferença entre regulamentação e regulação. A regulamentação decorreria do exercício de uma função política, ao passo que a regulação de uma função administrativa, de caráter técnico: "Ainda que os limites e condições impostos à edição de 'regulamentos autônomos' se apliquem integralmente às normas regulatórias, não há que se confundir ambas as espécies de atos normativos; o regulamento, autônomo ou não, é emanado de autoridade política, sem compromisso de neutralidade; a norma regulatória, [...], traça conceitos técnicos, despidos de valoração política (que deve estar contida na norma a ser implementada); deve ser equidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente 'independente', i.e. protegido contra pressões políticas)" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4874/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 27/09/2013, Data de Publicação: DJe-196 DIVULG 03/10/2013 PUBLIC 04/10/2013).

[684] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constituciobalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 255-256.

[685] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 404-408.

[686] BRASIL. **Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

agências devem impor e aplicar regulamentos livres de influência política[687]. Nos Estados Unidos, apesar do art. I, seção 1, da Constituição, estabelecer uma doutrina de não delegação ("todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um congresso dos Estados Unidos")[688], na prática o Congresso direciona a criação de atos legislativos para agências administrativas, para que elaborem regras e regulamentos. A Suprema Corte vem reconhecendo a constitucionalidade dessas delegações, desde que a legislação ofereça *standards* mínimos de atuação aos órgãos delegados[689].

O fundamento para a criação das *Independent Regulatory Agencies* foi a necessidade de tomada de decisões complexas e especializadas, com celeridade, especialmente no âmbito econômico. À época, partia-se do pressuposto de que nenhum dos três poderes possuía as condições necessárias para suprir essa demanda. O modelo americano até hoje gira em torno de três grandes eixos: (i) independência política dos membros das agências, garantida por nomeações por tempo determinado, com limitada possibilidade de demissão/afastamento; (ii) composição colegiada; (iii) visão especializada e tecnocrática dos indicados, que devem ser especialistas na matéria objeto das respectivas agências[690].

Após a década de 70 do século XX, esse modelo se espraiou pela Europa, chegando ao Brasil nos anos 90, durante o processo de privatização, desestatização e reforma do Estado perpetrado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Segundo Asensio, nas últimas décadas uma miríade de instituições desse tipo foi criada na União Europeia e nos Estados membros[691]. Na Espanha, por exemplo, grassam três tipos de agências independentes: (i) entidades reguladoras, cuja função dirige preferencialmente o mercado (*Comisión de los Mercados y de Competencia, Comisión Nacional del Mercado de Valores*); (ii) entes institucionais que voltam seu objeto para o controle da administração (*Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, Consejo de Transparencia y Buen Governo*); (iii) organismos mistos (*Agencia de Protección de Datos*). Essas entidades têm em comum: (i) uma

---

[687] A Comissão de Segurança de Produtos para Consumidores, a Comissão Reguladora Nuclear e a Comissão Federal de Comunicações e a Comissão de Valores Mobiliários são exemplos de tais agências. CENTER FOR EFFECTIVE GOVERNMENT. **Independent Regulatory Agency**. Disponível em: https://www.foreffectivegov.org/node/2593. Acesso em: 29 jan. 2020. Para uma lista de todas as agências, consultar: ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES. Disponível em: https://www.acus.gov/agencies/independent-regulatory-agencies. Acesso em 29 jan. 2020.

[688] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). In: **CONSTITUIÇÃO AMERICANA**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000, p. 21.

[689] FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de: SALDANHA, Eduardo. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 13.

[690] ASENSIO, Rafael Jiménez. **Los frenos del poder**: separación de poderes y control de las instituciones. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 220.

[691] ASENSIO, Rafael Jiménez. **Los frenos del poder**: separación de poderes y control de las instituciones. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 220.

personalidade jurídica diferenciada; (ii) uma independência política decorrente de mandatos fixos por tempo determinado aos seus membros; (iii) gozarem de especialização setorial; (iv) subtraírem o âmbito de competência dos poderes tradicionais[692].

O objetivo desse tópico não é evidentemente, esgotar o tema das agências reguladoras. A simples constatação das peculiaridades normativas das agências independentes, nos distintos países, já tornaria hercúlea a tarefa. O que se quer demonstrar, no entanto, é o caráter universal da outorga de funções normativas a órgãos para além do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Trata-se de um fenômeno global, que aponta para a necessária superação do caráter mítico e absoluto da ideia "clássica" de separação dos poderes[693].

5.3.3 Outras formas de atividade legislativa diretamente concedidas pelo texto constitucional

Finalmente, o direito constitucional comparado demonstra que o Poder Executivo é titular de competência legislativa por força de expressa previsão constitucional. Nesses casos, o Executivo não exerce a função legislativa por força de delegação (como no caso da lei delegada), mas em decorrência de explícita autorização por parte da Constituição. Isso demonstra que o Legislativo não pode ser considerado titular do monopólio da função legislativa, mas apenas detentor de parcela da função normativa. Mais uma vez, se demonstra a recepção irrefletida da teoria da separação dos poderes.

A realidade política demonstra que a criação de normas gerais nunca é confiada apenas ao Poder Legislativo. Segundo Kelsen: "A maioria das constituições que supostamente incorporaram o princípio da separação de poderes autoriza o chefe do departamento executivo a decretar normas gerais no lugar do órgão legislativo, sem que esse órgão emane qualquer autorização especial na forma de um 'estatuto autorizante'"[694]. Regra geral, as normas gerais criadas pelo Executivo são chamadas de decretos-lei, ou recebem outra designação específica da respectiva Constituição. O fato da Constituição atribuir diretamente uma competência legislativa ao Chefe do Poder Executivo não significa privação do Poder Legislativo em regulamentar de modo positivo as mesmas matérias.

---

[692] ASENSIO, Rafael Jiménez. **Los frenos del poder**: separación de poderes y control de las instituciones. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 222.

[693] ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, a. 37, n. 148, out-dez, 2000, p. 282.

[694] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 386.

No Brasil, a medida provisória é exemplo de atividade normativa primária, por parte do Poder Executivo, decorrente de direta atribuição constitucional. Não vem ao caso uma ampla exposição dos contornos dogmáticos e da compreensão desta espécie normativa pelo Judiciário brasileiro. Importa dizer apenas que compete ao Presidente da República editar a medida provisória (art. 62, *caput*, CF), que tem como pressupostos objetivos a relevância e a urgência. A medida provisória inova a ordem jurídica imediatamente e provoca o Congresso Nacional a deliberar sobre o assunto. A medida provisória possui algumas limitações materiais, nos termos do art. 62, §§ 1º e 2º, CF. O prazo de deliberação é de sessenta dias (art. 62, § 3º, CF), prorrogáveis por mais sessenta dias, caso a votação não estiver, até então, encerrada nas duas casas do Congresso Nacional. Em caso de aprovação integral da medida provisória, o Presidente do Congresso Nacional promulga a lei, sem necessidade de sanção presidencial. Todavia, na hipótese de aprovação da medida provisória com emendas provenientes do Legislativo, o projeto de lei de conversão é encaminhado ao Presidente para sanção ou veto. As medidas provisórias perdem a eficácia, desde a edição, se: (i) não forem convertidas em lei no prazo constitucional, ou; (ii) se nesse prazo forem rejeitadas. As relações jurídicas constituídas durante o interregno em que a medida provisória esteve em vigor deverão ser disciplinadas pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo (art. 62, § 3º, CF)[695].

Mário Aroso de Almeida aduz que a Constituição portuguesa também atribui diretamente ao Executivo amplas competências legislativas próprias, que exerce concorrentemente com a Assembleia da República, por meio de *decretos-leis*, que a Constituição qualifica formalmente como atos legislativos (art. 112, n.º 1, CRP)[696]. Os decretos-leis sofrem de algumas restrições materiais, *ex vi* dos arts. 164 e 165, CRP[697], que proíbem disposição sobre matérias de reserva de competência da Assembleia da República. Na Espanha, o art. 86[698] permite que em caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo edite disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de Decretos-lei. Há uma limitação material, já que os Decretos-lei não poderão afetar o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos e liberdades dos cidadãos regulados no Título I da Constituição, o regime

---

[695] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6.06.2020.

[696] ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria geral do direito administrativo**: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012, p. 89.

[697] PORTUGAL. **Constituição** (1976). Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 09.06.2020.

[698] ESPANHA. **Constituição** (1978). Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf. Acesso em: 28.01.2020.

das comunidades autônomas e o direito eleitoral geral. Os Decretos-lei ostentam um caráter provisório, pois carecem de convalidação pelo Congresso num prazo de 30 dias (art. 86.2)[699]. De ver, portanto, que a atividade legislativa primária não se encerra apenas no Poder Legislativo.

5.4 O PLURALISMO JURÍDICO: OUTRAS FONTES DO DIREITO PARA ALÉM DO ESTADO

A tradicional separação dos poderes também pode ser problematizada sob o ângulo do pluralismo jurídico. O objetivo da seção não é dissertar longamente sobre o pluralismo jurídico, senão apontar simplesmente para a existência de outras fontes de produção do direito para além do Estado. Embora tal fato pareça incontroverso, Sérgio Staut nos lembra que, no Brasil, "que adota 'um' sistema de Civil Law, e 'faz reverência' ao princípio da Tripartição dos Poderes (ainda que de forma bastante seletiva), a perspectiva de um direito que não é (ou não é apenas) fruto do trabalho do Legislador é uma questão que sempre desperta interesses e debates"[700].

António Manuel Hespanha admite que o reconhecimento de fontes de produção do direito não estatais significa a ruptura de um paradigma de pelo menos dois séculos. A concepção estatalista do direito remete à revolução francesa e a visão de que o direito "tinha que ser uma criação do estado, o porta-voz do Povo, o resultado da sua vontade, o reflexo do seu poder ilimitado"[701]. Wolkmer também ressalta que o direito da sociedade moderna encontrava no Estado a sua fonte nuclear. O Direito era visto como um sistema único de normas jurídicas integradas, com o objetivo de regular, num determinado espaço e tempo, os interesses de determinada comunidade nacional organizada[702].

Hespanha demonstra, porém, como o direito manifesta-se atualmente em diversas instâncias não estatais. No século XXI o Estado tende a deixar de ser considerado como a única fonte do direito. Hespanha lista uma série de normas: (i) não formuladas pelo Estado; (ii) que *pretendem ser direito*; (iii) que impactam a realidade das pessoas diuturnamente, e; (iv) que são reconhecidas muitas vezes pelo Tribunais. Como exemplos, cita: (i) normas técnicas (*internet*,

---

[699] ESPANHA. **Constituição** (1978). Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf. Acesso em: 28.01.2020.

[700] STAUT JÚNIOR, S. S. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 5, ano 1, 2015, p. 1.344.

[701] HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 42-43.

[702] WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001, p. 61.

distribuição de energia, regulação das telecomunicações)[703]; (ii) normas surgidas das práticas bancárias financeiras; (iii) normas do mundo desportivo etc.[704] Para Hespanha, o não reconhecimento do pluralismo significa a negação da complexidade da realidade normativa de hoje.

Benoit Frydman alerta sobre a concorrência das regras jurídicas clássicas com as normas técnicas e de gestão no contexto da globalização. Em muitos casos, normas técnicas - europeias ou internacionais - determinam as condutas a serem seguidas em matéria de saúde, segurança e meio ambiente, pelos fornecedores de bens e serviços. Segundo o autor, normas internacionais atingem cerca de 80% do comércio mundial[705]. De outro lado, normas de gestão impactam diretamente os Estados nacionais. O Banco Mundial possui regras de classificação dos Estados conforme a atratividade aos investidores. Essas regras forçam os Estados a realizarem reformas jurídicas. Da mesma forma, regras de agências de notação financeira como *Standard & Poors, Moodey's e Fitch* condicionam a oferta de empréstimos no mercado. Em consequência das notas atribuídas (AAA à D), os Estados são incitados a adotarem os critérios fixados por essas agências privadas para sua avaliação[706].

Além da fragmentação das fontes de produção do direito, há também a pulverização das próprias instâncias decisórias, algo parcialmente já destacado na subseção 5.3.2. Para João Maurício Adeodato, a criação e a aplicação da "lei" que afeta direta e efetivamente os interesses da população é realizada muitas vezes por funcionários públicos de terceiro nível ou mesmo trabalhadores privados terceirizados, que sequer pertencem ao âmbito do Estado[707]. Adeodato fornece o curioso exemplo da classificação tributária do calçado "*crocs*". Em 29 de agosto de 2017, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, foi chamado a decidir se o "*crocs*" é uma "sandália de borracha" ou um "sapato impermeável"[708]. O caso teve origem no Porto de Santos/SP. A empresa responsável pela importação classificou inicialmente a mercadoria como "NCM 6.402" (sandálias de borracha) e não como "NCM 6.401" (sapatos

---

[703] Frydman cita as normas do setor elétrico e eletrônico. A Comissão Eletrotécnica Internacional – CEI, criada em 1906, já publicou mais de 6.000 normas com o fito de padronização, qualidade e segurança dos materiais e das instalações (FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por *standards* e indicadores. 2. ed. Tradução de: KRUG, Mara Beatriz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 40).

[704] HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**: prospetivas do direito no século XXI. Coimbra: Almedina, 2019, posição 588-594 (Edição Kindle).

[705] FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por *standards* e indicadores. 2. ed. Tradução de: KRUG, Mara Beatriz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 58-62.

[706] FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por *standards* e indicadores. 2. ed. Tradução de: KRUG, Mara Beatriz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 77-79.

[707] ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional e os problemas dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 20, n. 40, p. 122.

[708] O CARF é um colegiado paritário, formado por Conselheiros, representantes da Fazenda Nacional e dos Contribuintes.

impermeáveis)[709]. Em razão disso, teve os seus produtos retidos, pois as autoridades portuárias entenderam que o produto era um "sapato impermeável". Após a autuação, a empresa alterou o código de importação de acordo com a decisão das autoridades portuárias: "sapatos impermeáveis". Todavia, um ano depois, um novo lote da mesma mercadoria foi retido, sob a justificativa de que o "*crocs*" seria uma sandália e não um sapato impermeável. Em face da multa, a empresa recorreu ao CARF que decidiu, por voto de qualidade, que "os calçados devem ser considerados como sandália de borracha, pois embora o material dos 'crocs' não permita a passagem de água, só pode ser considerado impermeável o calçado que for coberto até a altura do tornozelo e que, portanto, não entre água"[710]. O caso citado é paradigmático. Ao fim e ao cabo, funcionários de terceiro escalão e um órgão não pertencente ao Judiciário estavam "dizendo o direito", ao decidir sobre supostas inconformidades dos contribuintes.

Por todo o exposto, parece evidente que a separação dos poderes é também vítima dos influxos do pluralismo jurídico da sociedade contemporânea e do problema de *quem* tem o poder de dizer o direito. Não é à toa que António Manuel Hespanha defende que o pluralismo normativo, a fim de obter legitimidade democrática, respeite ao menos três requisitos: (i) reconhecimento; (ii) consensualidade, e; (iii) eficácia estabilizadora. Essa discussão, porém, refoge aos limites do presente trabalho.

5.5 A CRIAÇÃO DO DIREITO COMO PODER COMPARTILHADO: A ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Neste ponto da exposição resta claro que "separação dos poderes" designa um princípio da organização política[711]. A ideia de que apenas o Legislativo cria direito deve ser abandonada. A afirmação de que a partilha da função legiferante pelo Poder Executivo e pelo

---

[709] NCM significa "Nomenclatura Comum do Mercosul".

[710] GHERSEL, Giovanna. **Eis a questão**: Crocs é sandália ou sapato? Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-julga-tributacao-de-crocs-11092017. Acesso em: 13 maio 2020.

[711] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 385.

Poder Judiciário significa uma deformação do sistema de separação dos poderes carece de fundamentação[712].

É importante deixar assentado que o Poder Judiciário também cria direito. O Poder Judiciário exerce função legislativa quando a Constituição lhe atribui o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. O poder de retirar do ordenamento jurídico leis e atos normativos incompatíveis formal ou materialmente com o texto constitucional se traduz na ideia de "legislador negativo"; competiria ao Judiciário "vetar" e não "estatuir"[713]. Atualmente, o controle de constitucionalidade, isto é, a possibilidade de revisão judiciária da legislação, está previsto nas constituições de praticamente todos os países desenvolvidos[714]. Os tribunais também exercem função legislativa por meio de precedentes. Segundo Kelsen: "um tribunal com essa competência cria, por meio da sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo"[715].

No Brasil, o Poder Judiciário dispõe de função legislativa também por outros prismas, pois possui iniciativa reservada para propor leis sobre a organização e funcionamento de suas estruturas, nos termos dos arts. 61, 93 e 125, CF. O Poder Judiciário tem iniciativa de lei no que concerne ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar) e aos Tribunais de Justiça dos Estados.

Kelsen defende que é impossível o Judiciário e o Executivo não exercerem a função legislativa. A ideia de que o Poder Legislativo possa exercer sozinho a competência de legislar é um contrassenso. Fazendo uma analogia entre Kelsen e Warat, podemos dizer que o senso

---

[712] A imagem idealizada e/ou distorcida da separação dos poderes é muito presente na mídia brasileira. Nesse sentido, a matéria do jornal "Valor Econômico", de 23.08.2011: "No Estado brasileiro (assim como em outros países), temos algumas deformações desse sistema com o Legislativo 'julgando' casos concretos por meio das CPIs; com o Executivo 'legislando' por meio de medidas provisórias; e com o Judiciário tendo de 'executar' políticas públicas ou gerir o patrimônio público por meio de liminares" (PARA ENTENDER DIREITO. **Quando o Judiciário faz leis e o que isso significa para nossa democracia**. Disponível em: http://direito.folha.uol.com.br/blog/quando-o-judicirio-faz-leis-e-o-que-isso-significa-para-nossa-democracia. Acesso em: 30 jan. 2020). A matéria acima reproduz uma série de equívocos. Primeiramente, as comissões parlamentares de inquérito não julgam quem quer que seja. Quem julga, evidentemente, é o Poder Judiciário. Por segundo, as medidas provisórias, desde que consentâneas com os pressupostos constitucionais da relevância e urgência, não importam em violação à separação dos poderes.

[713] A concepção do judiciário como mero "legislador negativo" encontra-se em xeque. Sobre o tema debruça-se Rodrigo Brandão. O autor defende a incompatibilidade entre o sentido que o STF empresta ao conceito de "legislador negativo" e aspectos fundamentais da sua jurisprudência contemporânea (BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 44, p. 189-220, jan/jun 2014. Disponível em: https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/385/346. Acesso em: 30 jan. 2020).

[714] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Org). **A supremacia da constituição**: reforma e controle no direito comparado. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

[715] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 389.

comum teórico acredita nessa aparência de separação, porque: (i) apenas as normas gerais criadas pelo Poder Legislativo são denominadas "leis"; (ii) apesar da Constituição sustentar o princípio da separação dos poderes (*vide*, no Brasil, o art. 2º, CF) e atribuir a função legislativa à vários órgãos, apenas a um deles é dado o nome de "Poder Legislativo"[716].

Para Kelsen, não existem três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito. Essas funções são infra e supraordenadas[717]. Segundo o jurista austríaco, as funções exercidas pelo Judiciário e pelo Executivo não são essencialmente distintas. Ambos os poderes *executam normas gerais*. Ao condenar alguém à pena de reclusão por homicídio, o juiz está executando a determinação do art. 121, do Código Penal, da mesma forma que o Presidente está executando o art. 212, *caput*, CF, ao aplicar, anualmente, nunca menos de dezoito por cento da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Entes do Poder Executivo diuturnamente: (i) qualificam um determinado fato, e; (ii) aplicam uma determinada sanção. Exemplo: a realização de atos de indústria é, muitas vezes, permitida sob licença especial e apenas em determinadas regiões dos municípios. Quem realiza atos de indústria sem a respectiva licença deve ser sancionado pela autoridade administrativa. A execução das leis é confiada pela ordem jurídica à agentes administrativos, que, à evidência, não pertencem ao Poder Judiciário. Nos dizeres de Kelsen:

> Essa função dos órgãos administrativos é a mesma função dos tribunais, embora a segunda seja chamada "judiciária", e a primeira, "executiva" ou "administrativa". Os casos resolvidos pelos órgãos administrativos têm o mesmo caráter que os solucionados pelos tribunais civis ou criminais[718].

Para Kelsen, inexiste diferença essencial entre as funções "judiciária" e "administrativa". Para aqueles que redarguem que o Judiciário possui a característica da independência assegurada normativamente, é possível contra arguir que existem órgãos

---

[716] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 389. Segundo Warat: "De uma maneira geral, a expressão 'senso comum teórico dos juristas' designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do direito. Trata-se [...] [de] um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. Nas atividades cotidianas [...] os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de [...] pré-conceitos, crenças, ficções [...] que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação" (WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei, temas para reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, v. 1, p. 13).

[717] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 386.

[718] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 392.

administrativos igualmente independentes e que, ainda assim, não são chamados de "tribunais judiciários". Cite-se, por exemplo, o caso das agências reguladoras e do CADE. Este órgão possui independência do Executivo, pois seus principais membros são nomeados pelo Presidente, após aprovação do Senado, para mandato de dois (caso do Presidente e seis Conselheiros) ou quatro anos (Superintendente-Geral e Procurador-Chefe), permitida uma recondução para o período subsequente nos casos do Superintendente-Geral e do Procurador-Chefe (arts. 6º, 12 e 16 da Lei n.º 12.529/2011). Nos termos do art. 61, § 3º, da Lei n.º 12.529/2011, julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo[719]. Parece indubitável que o CADE exerce uma função idêntica à do Judiciário quando decide sobre a existência de infração à ordem econômica e aplica as penalidades previstas em lei. Kelsen sentencia que "não existe qualquer separação precisa entre os poderes Judiciário e Executivo como separação orgânica de duas funções diferentes"[720].

5.6 A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO E A RELATIVIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA DA TEORIA DA NORMA

A ideia de que o Poder Judiciário não cria direito deve ser abandonada, finalmente, sob a ótica da teoria da norma. Aqui reside o ponto decisivo da presente seção. Dimitri Dimoulis denomina de "positivismo amador" ou "positivismo intuitivo" a prática que prevalece e se transmite em muitas instituições de ensino superior, que não resultam de estudos específicos sobre a obras de pensadores positivistas, mas antes baseiam-se em máximas como "lei é lei", "devemos garantir a segurança jurídica", "devemos preservar a separação dos poderes"[721]. A última máxima tem como pressuposto necessário noções como: "o juiz não cria direito" e/ou "o Judiciário deve apenas aplicar o direito".

---

[719] BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

[720] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 393.

[721] DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102. p. 215-253, jan/jun 2011. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/download/18062/14852/. Acesso em: 8 maio 2020.

Ocorre que, para "aplicar a lei", quem pratica o direito deve *produzir* a norma jurídica a partir do texto e do caso. Nas palavras de Coendet, a teoria estruturante do direito entende a prática judicial como "produção de dados normativos no caso e para o caso"[722]. A distinção entre norma e texto normativo, núcleo central da teoria estruturante, torna impossível a aplicação silogística do direito. Diante da inexistência de uma norma jurídica pronta e acabada, torna-se logicamente impossível sua mera aplicação. Nesse contexto, é importante observarmos primeiramente o que significa *texto* para a teoria estruturante do direito. A compreensão descentralizada de *texto* da teoria estruturante, bem como as influências da filosofia da linguagem, ajudam a compreender as razões da distância insuperável entre texto normativo e norma jurídica, que se refletem invariavelmente na visão tradicional de separação dos poderes.

Para Müller o texto nunca está fechado em si mesmo, não é portador de um sentido dado previamente. Ao contrário, o texto está aberto à leitura do outro. Thomas Coendet entende que a teoria estruturante do direito possui um conceito de texto *aberto* e *descentralizado*, influenciado pela teoria de Jacques Derrida, no sentido da rejeição de que o texto possua um significado central[723]. Para Coendet, a teoria estruturante termina por promover uma tensão dialética entre o texto normativo estatal e seu conceito descentralizado de texto[724]. Essa tensão decorre da necessidade do juiz referir-se ao texto normativo quando da formulação da norma decisão, enquanto sustenta, concomitantemente, que o texto não tem significado prévio ao trabalho de concretização. Müller defende que o texto não pode ser contido e controlado por meio de um significado que lhe seria próprio, inerente, pré-incorporado. Assim, critica a teoria jurídica tradicional, calcada no platonismo de regras, que isola a regra da prática linguística, entendendo-a como pura convenção, que se reproduz de maneira idêntica em cada repetição[725]. Contra esse estado de coisas, Müller sugere que o "texto" precisa ser compreendido como "concatenação de atos linguísticos inseridos numa situação, em um 'jogo linguístico' com precisas conotações sociais e dentro de precisas funções comunicativas"[726]. O sentido é contextual, pois depende de remissões à situação de fala e ao discurso onde está inserido. João Maurício Adeodato fornece um exemplo divertido sobre jogos linguísticos, ao rememorar uma

---

[722] COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.
[723] COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.
[724] COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.
[725] MÜLLER, FRIEDRICH; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. Rechtstext und Textarbeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 92 apud COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.
[726] MÜLLER, Friedrich. Problemas de linguística do direito. Tradução de: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 11, n. 20, p. 258-263, jan-jul, 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/Mueller.pdf. Acesso em: 13.05.2020, p. 259.

frase dita por sua filha, muito difundida entre os jovens brasileiros: "- E aí, tá ligado?". Como se sabe, a frase significa: "Você está prestando atenção?". Segundo Adeodato, quando ouviu a frase pela primeira vez, olhou para a tomada elétrica e respondeu: "não, querida, nada está ligado". Adeodato é cirúrgico ao demonstrar a ilusão de que discursos - como o texto normativo - carregam significados precisos[727]. A fé incauta na literalidade das palavras, própria do cognitivismo, do exegetismo e de uma visão da separação dos poderes - liberal - do século XIX, é absolutamente insustentável quando se verifica a práxis judicial[728].

Na prática judiciária o significado central depende de "combates semânticos" entre as partes do processo, mediadas pelo juiz[729]. O advogado não trabalha com textos normativos a partir de um significado *descoberto* no texto legal. Ao contrário, o advogado *atribui* significados normativos, segundo determinados interesses. O combate é motivado por interesses particulares, nos quais o advogado intenta a fixação de um sentido normativo que atenda aos interesses daquele que representa[730]. O juiz, por seu lado, exerce sua atividade profissional sobre o texto normativo válido e vigente. A ele compete encerrar o litígio por meio de um poder/violência institucionalizado(a). Nas palavras de Müller: "em seu trabalho sobre o texto, ele [o juiz] transforma a matéria-prima da redação oficialmente proclamada no produto de [...] uma norma legal que decide o caso"[731].

Para Müller, a prática judicial evidencia diuturnamente que o juiz não *descobre* o significado do texto normativo, mas o *produz*. Não há um significado abstraível da composição tipográfica, pairando no ar, pronto para ser descoberto[732]. O texto normativo não goza de significado antes do trabalho jurídico de concretização operado pelo juiz[733]. Alguns casos ajudam a demonstrar a distância entre o texto normativo e a norma jurídica, bem como a *facticidade* como componente da norma jurídica.

---

[727] ADEODATO, João Maurício. **From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions**. 2020. No prelo.

[728] O tema será aprofundado na Seção 6, subseção 6.1.

[729] Segundo Müller: "A dificuldade da concretização se deve antes ao fato da língua não ser inocente e da fala ser uma forma da ação. A língua sempre apresenta marcas prévias da violência social e dos seus vestígios, a língua do direito está endurecida, calcificada adicionalmente pelo poder-violência do Estado e deformada pela pressão e pelos conflitos dos grupos envolvidos. Não há como escapar ao combate semântico, muito menos na concretização" (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 151).

[730] COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

[731] MÜLLER, FRIEDRICH; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. Rechtstext und Textarbeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 75 apud COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

[732] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40.

[733] Ou qualquer outra autoridade normativamente dotada de poder decisório no âmbito do Estado.

Em 2006 o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça da Alemanha), julgou um caso envolvendo legislação penal, mais especificamente a lei de tráfico de entorpecentes, que continha um anexo com as substâncias proibidas[734]. O referido anexo proibia o tráfico de *plantas alucinógenas*. Advogados de traficantes de *fungos alucinógenos*, reivindicavam que fungos não são, botanicamente, plantas, razão pela qual os réus não poderiam ser apenados. Como se sabe, os fungos são classificados em um reino separado das plantas, animais e bactérias. Os fungos não sintetizam clorofila e não tem celulose na sua parede celular[735]. À luz da classificação científica dos organismos, os fungos não pertencem ao reino vegetal, que compreende as *plantas*. Em 1893 a Suprema Corte Americana julgou caso semelhante (Nix *vs.* Hedden, 149 U.S. 304), cujo objeto era a legislação tributária, (*Tariff Act of March* 3, 1883), que estabelecia tributação sobre a compra e venda de *verduras*. A discussão girava em torno da possibilidade de tributação de tomates, tendo em vista que tomates são classificados *botanicamente* como frutos[736].

No primeiro caso, o *Bundesgerichtshof* cassou a sentença absolutória proferida pelo *Oberlandgericht*. Para o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, os *fungos* deveriam ser compreendidos como *plantas alucinógenas*, para efeito de aplicação da lei penal. O argumento central utilizado pelo Tribunal foi de que o determinante para que algo seja uma planta depende do *uso ordinário* e não dos desenvolvimentos da biologia[737]. Da mesma forma decidiu a Suprema Corte Americana no caso Nix *vs.* Hedden. Segundo o tribunal, a lei utilizava o significado comum das palavras "frutas" e "vegetais", em vez do significado técnico, botânico. Moreso apresenta as palavras do juiz Gray:

> Botanicamente falando, os tomates são o fruto de uma planta, como são os pepinos, abobrinhas, feijões e ervilhas. Todavia, na linguagem comum das pessoas, seja de vendedores ou dos consumidores desses produtos, todos são verduras que se cultivam

---

[734] Para maiores informações: MONTIEL, Juan Pablo; LUDEÑA, Lorena Ramírez. **De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos.** A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal. Disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/691.pdf. Acesso em: 9.05.2020.

[735] **FUNGI**. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Fungi&oldid=57935028. Acesso em: 12.05.2020.

[736] Os dois casos são apresentados por José Juan Moreso, em artigo sobre desacuerdos no direito. Vide: MORESO, José Juan. Tomates, hongos y significado jurídico. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeu, 2010, p. 32-35.

[737] Nos termos da decisão: "*en definitiva, se compran generalmente hongos también en fruterías y verdulerías. La filiación [entre plantas y hongos] es comprobada mediante una búsqueda en Internet, el cuál está a disposición de cualquiera para la publicación de textos propios y, por tanto, puede brindar una amplia información sobre el espectro general del actual uso del linguaje*" (MONTIEL, Juan Pablo; LUDEÑA, Lorena Ramírez. **De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos.** A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal. Disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/691.pdf. Acesso em: 09 maio 2020).

> nas hortas domésticas e que, cozidos ou crus, como as batatas, cenouras, nabos [...] se servem para *jantar* [...] e não como as frutas, para a sobremesa[738].

Um caso pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal também ajuda na comprovação de que as normas jurídicas não estão prontas, razão pela qual o Poder Judiciário cria direito, sob uma perspectiva da teoria da norma. Trata-se da ADI n.º 5.613[739], que pede interpretação conforme à Constituição dos arts. 2º, 3º, 4º e 5º da Lei n.º 10.610/2002, que regulamentou o art. 222, da Constituição Federal de 1988. A ADI tem por objeto a fixação da interpretação da locução "*empresas jornalísticas*" constante dos artigos supracitados. Isso porque, o art. 222, CF, dispõe "sobre a participação de capital estrangeiro nas *empresas jornalísticas* e de radiodifusão sonora e de sons e imagens"[740]. Nos termos do § 1º do art. 222, CF, "setenta por cento do capital total e do capital votante das *empresas jornalísticas* e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação"[741]. A Associação Nacional de Jornais – ANJ pretende que a expressão "empresas jornalísticas" englobe também os "portais de notícias". Nos termos da inicial, "a intenção é esclarecer que não abrange apenas pessoas jurídicas que produzam publicações impressas e periódicas, mas toda e qualquer organização econômica que produza, veicule e/ou divulgue notícias voltadas ao público brasileiro, por qualquer meio de comunicação, impresso ou *digital*"[742]. A controvérsia decorre originalmente do Inquérito Civil n.º 1.29.000.001082/2010-16, no âmbito do Conselho Institucional do Ministério Público Federal. A questão que se colocava era saber se o Ministério Público deveria fiscalizar um portal de notícias na *internet*, que não preencheria os requisitos do art. 222, CF, e teria a sua atuação voltada ao público brasileiro. Na ocasião, por nove (nove) votos a oito (oito),

---

[738] Apud MORESO, José Juan. Tomates, hongos y significado jurídico. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeu, 2010, p. 33. Tradução nossa.

[739] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 5.613.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5078570. Acesso em: 09 jun. 2020.

[740] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[741] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

[742] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 5.613**. Petição inicial. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5078570. Acesso em: 9.06.2020.

o Conselho Institucional do MPF concluiu que *sites* de notícias na *internet* não estariam sujeitos às regras do art. 222, CF, porque não seriam empresas jornalísticas[743].

Em todos esses casos, evidencia-se que a norma jurídica não está pronta para ser aplicada. A norma jurídica é criada no caso concreto. Não existem respostas antes da prática real do texto pelos profissionais do direito. Para além disso, os casos acima mencionados demonstram a necessidade de refutação do conceito de norma jurídica como puro dever-ser. Torna-se evidente a necessidade de utilização dos *dados reais* como elementos co-constitutivos da norma jurídica e da norma de decisão. A norma jurídica não é composta apenas de *dados linguísticos*, mas também de *dados reais*. A norma ambiciona regular a realidade, mas também a realidade regula a produção da norma jurídica. A normatividade e o sentido das regras surgem apenas no contexto específico de sua aplicação. A normatividade não pode ser uma decorrência exclusiva do texto. A *facticidade* co-constitui a norma jurídica. Fatos e pontos de vista substantivos são imprescindíveis para a formulação da norma geral.

Para a formulação do âmbito normativo nos casos dos tomates e dos fungos, deve ser levado em consideração os "usos possíveis das palavras". O programa normativo e o âmbito normativos desses casos (que remete para o recorte da realidade social: *plantas* e *verduras*) permite a incorporação de determinados argumentos de fato na norma jurídica. Nesses casos, a ideia de "usos possíveis" não abarca apenas o chamado "uso ordinário", a "prática da comunidade", mas também a linguagem científica. A linguagem científica cristaliza um determinado "uso" das palavras. A classificação científica moderna, desenvolvida por Lineu[744] (1707-1778) em 1735, fixava apenas dois reinos: animal e vegetal. Ocorre que os biologistas até hoje fazem revisões no sistema classificatório. Em uma classificação de 1998 (Cavalier-Smith): existem 6 (seis) Reinos, quais sejam: Reino Animalia, Reino Protozoa, Reino Fungi, Reino Plantae, Reino Chromista e as Bactérias[745]. Esse fato aponta para a historicidade de toda decisão judicial. Aquele que usasse como sistema de referência "a melhor teoria científica", chegaria a um resultado em 1735 e a outro em 1998. As proposições científicas não são absolutas, não são imutáveis. Como ensinou Karl Popper, uma teoria científica pode ser refutada. O que nos interessa, é que a prática linguística da ciência e da comunidade podem

---

[743] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 5.613**. Petição inicial. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5078570. Acesso em: 9.06.2020.

[744] Em sueco: Carl Nilsson Linnæus.

[745] **CAVALIER-SMITH'S SYSTEM OF CLASSIFICATION**. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Cavalier-Smith%27s_system_of_classification&oldid=953072000. Acesso em: 12.05.2020.

contribuir para a concretização dos textos normativos acima referidos. Esses argumentos devem ser trabalhados no âmbito normativo, quando da formulação da norma jurídica e da norma de decisão. Comprova-se, assim, que a *facticidade* é indispensável para a formulação da norma jurídica.

O mesmo vale para o caso das "empresas jornalísticas". O âmbito normativo do art. 222, CF, deverá ser construído por meio da análise de diversos argumentos, de múltiplos dados da realidade. Nesse caso, sem querer resolver o caso concreto, afigura-se necessário para a construção do âmbito normativo a análise de alguns fatos e pontos de vista: (i) a distinção entre *veículo* e *atividade*. O jornalismo pode se valer de diversos *meios* de comunicação, dentre eles a *internet*? A *internet* desnatura a atividade jornalística?; (ii) os portais de *internet* exercem a mesma influência sobre os cidadãos que a imprensa tradicional e as empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens?; (iii) existem pesquisas acerca do número de leitores da imprensa tradicional e dos portais de *internet*? O brasileiro utiliza qual meio para a sua informação?; (iv) pesquisas científicas apontam para convergência de plataformas e a substituição das mídias tradicionais pela *internet*?; (v) há empresas jornalísticas que migraram para a plataforma digital? Essa migração alterou a atividade realizada pelas referidas empresas?; (vi) o fato da *internet* inexistir quando da assembleia nacional constituinte, impede a aplicação da regra do art. 222 para os novos meios de comunicação?

A concretização do art. 222, CF, necessariamente deve se valer de dados empíricos verificáveis na construção do âmbito da norma. É preciso incluir no conceito de norma e na estrutura da norma todos os dados reais necessários para a fundamentação da decisão. Uma concretização centrada exclusivamente no texto não chegará à lugar algum. Argumentos empíricos precisam ser utilizados no processo de argumentação, sendo elemento decisivo para a formulação da norma jurídica e da norma de decisão. No caso concreto, é preciso verificar se os portais de *internet* possuem uma "estrutura organizada para agenciar ou divulgar conteúdos noticiosos ao público em geral ou editar conteúdo tendo em vista esse tipo de divulgação, de forma *habitual* e com o *objetivo de auferir proveito econômico* direto ou indireto"[746]. Carece de análise o fato empírico de jornais centenários, como o Jornal do Brasil (RJ) e a Gazeta do Povo (PR), terem recentemente migrado de plataforma. Essa migração acaso desnaturou a *atividade* realizada por essas empresas? Elas deixaram de ser empresas jornalísticas num passe de mágica? Se é exigido das *empresas jornalísticas* que a gestão das atividades e o conteúdo

---

[746] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 5.613**. Petição inicial. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5078570. Acesso em: 9.06.2020.

da programação fique a cargo de brasileiros natos ou naturalizados a mais de 10 anos, em decorrência do impacto que "exercem sobre o imaginário dos cidadãos, o livre fluxo de ideias e os valores fundamentais cultivados pela sociedade"[747], parece imprescindível verificar o impacto que podem gerar os portais da *internet*. Nesse sentido, podem ser relevantes pesquisas empíricas que medem a audiência da *internet*. Segundo pesquisa da ComScore – principal entidade de aferição da audiência na internet e referência para o mercado publicitário –, apenas em janeiro de 2019 o portal Terra recebeu a visitação de 68 milhões de usuários[748]. Tais fatos devem ser contrapostos aos dados de circulação dos jornais impressos. Segundo pesquisa do Instituto Verificador de Comunicação – IVC, em 2019 a "Folha de São Paulo" registrou média mensal de 328.438 exemplares diários pagos, o jornal "O Globo" 323.172, e "O Estado de S. Paulo" 242.373[749].

O objetivo dessa seção não é trazer respostas definitivas para os casos acima citados, senão demonstrar a pertinência da incorporação dos dados reais na estrutura da norma. Os elementos factuais considerados relevantes pelo programa da norma e suscetíveis de generalização pertencem ao âmbito normativo e, portanto, à norma jurídica e à norma de decisão. O raciocínio jurídico não é silogístico e não se limita a desvelar o significado dos textos normativos. A tarefa do operador jurídico é mais ampla. A ele compete uma investigação dos dados empíricos que exercem influência na criação da decisão. Thomas da Rosa de Bustamante, ao interpretar a obra de Müller, é preciso ao dizer que: "conhecimentos empiricamente assimiláveis (que tenham relação com o caso a ser julgado) são normativamente relevantes para a fundamentação dos enunciados normativos"[750]. Müller é bastante claro: "só fatos *relevantes* para o programa da norma e fatos *conformes* ao programa da norma podem codeterminar o conteúdo da decisão"[751].

---

[747] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4.679**. Rel. Min. Luís Fux. Data de publicação: DJE 05/04/2018. Ata n.º 41/2018. DJE n.º 64, divulgado em 04/04/2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4172054. Acesso em: 9.06.2020. A mesma passagem é citada na petição inicial da ADI n.º 5.613.

[748] TERRA. **Terra se consolida entre os principais portais do Brasil**. Local de publicação: www.terra.com.br. Data de publicação: 22.02.2019. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/terra-se-consolida-entre-os-principais-portais-do-brasil,44e9819aec7687c82c59ca16a4b9bb22iz8sn3ux.html. Acesso em: 12.05.2020.

[749] FOLHA DE S. PAULO. **Folha cresce e lidera circulação entre jornais do país em 2019**. Local de publicação: www.folha.uol.com.br. Data de publicação: 21.01.2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/folha-cresce-e-lidera-circulacao-entre-jornais-do-pais-em-2019.shtml. Acesso em: 12.05.2020.

[750] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 43, p. 98-109, abr/jun 2003, p. 105.

[751] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

Comprova-se, portanto, que a norma jurídica também é composta por dados reais. A contraposição entre ser e dever-ser é, assim, superada pela inclusão dos elementos empíricos no conceito de norma. A normatividade não deriva exclusivamente do texto, mas é co-constituída pelo âmbito normativo, isto é, a parcela da realidade social relacionada com o texto da norma. Apenas na "norma de decisão" o significado do texto normativo será especificado suficientemente para orientar a decisão do juiz para o caso concreto. Vale aqui a lição de Eros Roberto Grau, claramente influenciado pela teoria estruturante do direito: "a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do *mundo da vida*. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade"[752].

Esse estado de coisas torna insustentável a crença de que o Judiciário não cria direito e de que a interpretação/concretização possa ser meramente declarativa. Os casos acima citados demonstram que a atividade decisória é criativa. Segundo Müller, o juiz é "ele próprio legislador, com todo poder que vem com ele"[753]. Numa leitura apressada, essa frase parece aproximar a teoria estruturante do direito de posturas *realistas*, como aquelas defendidas por alguns autores norte-americanos. Como se verá na Seção 6, subseção 6.2, existe uma diferença substancial entre a teoria estruturante do direito e demais variantes do realismo jurídico. Importa, por ora, apenas apontar que para a teoria estruturante do direito o texto normativo é apenas uma forma preliminar; tem apenas um significado potencial para o juiz[754]. É apenas no processo de concretização que o juiz formulará a norma de decisão que regulará o caso que lhe é apresentado.

O reconhecimento de que o juiz cria direito não deve significar uma mudança no equilíbrio de poder entre Legislativo e Judiciário, mas fundamentalmente o reconhecimento teórico de algo que sempre ocorreu na prática. Bishop Hoadly (1676-1761) proferiu em 1717 uma frase que demonstra esse estado de coisas: "Quem quer que tenha uma autoridade absoluta para interpretar quaisquer leis, escritas ou faladas, é aquele que é verdadeiramente, para todos os efeitos, o legislador, e não a pessoa que primeiro as escreveu ou pronunciou"[755]. A frase de

---

[752] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16.

[753] MÜLLER, FRIEDRICH; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. Rechtstext und Textarbeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 86 apud COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

[754] COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

[755] Apud KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 222.

Hoadly não deve servir para legitimar o juiz como legislador soberano. Segundo Müller, o juiz deve ser visto como legislador de segunda ordem[756]. O *poder* em um estado de direito estaria dividido entre "textos instrutivos" e "textos justificativos", ou seja, textos normativos válidos e vigentes e normas jurídicas/normas de decisão, formuladas pelo Poder Judiciário[757]. O trabalho de concretização entra necessariamente em jogo, tendo em vista que casos jurídicos não podem nem devem ser "pré-solucionados" qualitativa e quantitativamente pelo legislador[758]. Nas palavras de Müller: "As competências *strictiore sensu*, repartidas pelo ordenamento constitucional e jurídico entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não são competências para a 'explicação', 'recapitulação' de textos de normas, mas competências para a concretização jurídica e a decisão do caso com caráter de obrigatoriedade"[759].

O que aqui se assume não significa uma tomada de posição em favor da ampliação do protagonismo do Poder Judiciário, mormente diante de uma suposta crise de legitimidade do Poder Legislativo. A afirmação de que o Poder Judiciário cria direto como decorrência direta da assunção de uma teoria da norma pós-positivista, tampouco legitima o desejo de alguns de "abandonar o direito e desconsiderar as escolhas feitas pelo legislador"[760]. Ao contrário: trata-se simplesmente de reconhecer de maneira realista a práxis jurídica e delimitar de maneira rigorosa a competência do Poder Judiciário. Conforme sintetiza Adeodato, "parece hoje mais do que óbvio, mesmo intuitivamente, para o jurista prático, não apenas que os tribunais criam normas gerais através da jurisprudência e que qualquer juiz cria direito no caso concreto, [...] mas também que o juiz singular cria normas gerais diante de casos singulares"[761].

---

[756] MÜLLER, FRIEDRICH; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. Rechtstext und Textarbeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 86 apud COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo. Apesar das diferentes tradições, é possível fazer um pequeno paralelo entre Müller e Dworkin nesse particular. Ao tratar da metáfora do "romance em cadeia", Dworkin afirma que o juiz "introduz acréscimos na tradição que interpreta" e que "a distinção entre autor e intérprete é uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo". Para o autor americano, o juiz deve respeitar a dimensão de adequação. A sua interpretação deve se ajustar ao texto, aos dados e à tradição que está interpretando. Na lógica de Müller, podemos dizer que o legislador escreve os textos de normas e o juiz escreve a norma jurídica. O juiz atua criativamente a partir do material que recebeu do legislador. Vide: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275-277.

[757] COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

[758] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54.

[759] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54.

[760] GUEDES, Néviton. **O protagonismo do Judiciário como causa de perda de legitimidade**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/protagonismo-judiciario-causa-perda-legitimidade. Acesso em: 13 maio 2020.

[761] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 258. Adeodato cita o exemplo da sentença em ação civil pública, que tem efeitos *erga omnes*.

6 SEGURANÇA JURÍDICA E SUAS RELAÇÕES COM A TEORIA DA NORMA

A segurança é usualmente considerada um desejo anímico do homem, um atributo antropológico, uma necessidade básica[762]. Do ponto de vista psicanalítico, há a tese de que o desamparo que experimentamos com o nascimento gera um sentimento de retorno ao útero materno, raiz de todos os esforços humanos em recriar a segurança primária no mundo exterior[763]. Fato é que ao longo do processo civilizatório, a desordem do mundo, a incerteza do amanhã, sempre perturbou o homem[764]. A submissão da natureza, o desenvolvimento da ciência, a tecnologia, são consideradas conquistas civilizatórias como também "fontes de segurança". A segurança é um conceito complexo que evoca tranquilidade, ausência de medo e de violência[765].

Esse desejo de segurança não passou despercebido aos teóricos contratualistas. Thomas Hobbes e John Locke, *e.g.*, sustentaram que a transição do estado de natureza para a sociedade significaria um ganho em segurança[766]. Os contratualistas conseguiram visualizar que a segurança não é uma condição natural, mas o resultado da racionalidade política e jurídica[767]. A lei e o Estado deveriam garantir a segurança dos cidadãos. O desejo de segurança

---

[762] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridade jurídica**: uma garantia del derecho y justicia. **Boletín de la Facultad de Derecho**, n. 15, 2000. p. 25; CACHO, José L. Mezquita. **Teoría de la seguridad jurídica**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1989, p. 47-48; EGAS, Jorge. **Teoría de la seguridad jurídica**. 2010. Iuris Dictio. 12. 10.18272/iu.v12i14.709. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321892232_Teoria_de_la_seguridad_juridica. Acesso em: 11.06.2020.

[763] RANK, Otto. **O trauma do nascimento**: e seu significado para a psicanálise. Tradução de: CASTRO, Érica Gonçalves de. São Paulo: Cienbook, 2016, p. 19.

[764] Gregorio Peces-Barba pontifica que, durante a idade média, a ausência de temor e dúvida do homem decorriam, de um lado, de sua inserção na comunidade, em um grêmio, na relação de vassalagem, na corporação. De outro, no monopólio da interpretação do mundo perpetrada pela Igreja Católica. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. La seguridade jurídica desde la filosofia del derecho. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 6, Madrid: Editora Universidad Complutense, 1990, p. 216.

[765] LÖSING, Norberto. Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 6, 2002. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1975583. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 273; MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. La seguridade jurídica desde la filosofia del derecho. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 6, Madrid: Editora Universidad Complutense, 1990, p. 215.

[766] Segundo Hobbes: "Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros" (HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de: OSTRENKY, Eunice. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 144). Locke acentua: "A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte" (LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de: FISCHER, Júlio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 468).

[767] MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. Derecho e incertidumbre. **AFD**, 2012 (XXVIII), p. 97-118. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3985274.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020, p. 100.

ganhará posteriormente uma progressiva e específica dimensão jurídica. Para Antonio-Enrique Peréz Luño, "a segurança, por imediata influência da filosofia contratualista e iluminista, se converterá em pressuposto e função indispensável dos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito"[768]. Na modernidade, o monopólio do Estado na produção do direito e no exercício da força legítima estarão na raiz de uma nova concepção que identificará segurança com direito. O declínio do jusnaturalismo e a ascensão do positivismo, as revoluções liberais nos Estados Unidos da América e na França, em finais do século XVIII, servirão para concretizar o ideal de segurança jurídica como justiça formal ou procedimental[769]. O Estado Liberal do século XIX idealizará a segurança jurídica como uma decorrência da legalidade, o que antes configura sobretudo uma ideologia. O movimento de codificação do direito e o constitucionalismo, fenômenos do início do século XIX, consolidarão o ideal de segurança jurídica liberal, fundado na codificação, para o direito privado, e na Constituição, para o direito público. Esses documentos legislativos gerarão uma sensação de segurança, de ausência de temor: (i) do cidadão em relação ao Estado, fruto da positivação da Constituição; (ii) do particular em suas relações privadas e no exercício de sua autonomia, em decorrência da codificação. A partir daí, na lição de Peces-Barba, a segurança jurídica se firma como um princípio ou valor que inspira todo o ordenamento jurídico[770].

De alguma forma é possível sustentar que Direito e Estado, *per se*, já conformam parciais mecanismos de segurança jurídica, pois superam a autotutela do estado de natureza. Todavia, a mera positivação do direito não garante a segurança jurídica necessária[771]. O conhecimento público do direito por meio da publicação em órgãos oficiais, ato que confere notoriedade à lei, não assegura, autonomamente, segurança jurídica[772]. A segurança jurídica carece de um complexo de fatores, razão pela qual igualar *segurança jurídica* e *legalidade* nos parece insuficiente. A publicação garante cognoscibilidade, mas não confiabilidade e

---

[768] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridade jurídica**: uma garantia del derecho y justicia. **Boletín de la Facultad de Derecho**, n. 15, 2000. p. 27. Tradução nossa.

[769] PECES-BARBA, Gregorio Martínez. La seguridade jurídica desde la filosofia del derecho. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 6, Madrid: Editora Universidad Complutense, 1990, p. 217.

[770] PECES-BARBA, Gregorio Martínez. La seguridade jurídica desde la filosofia del derecho. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 6, Madrid: Editora Universidad Complutense, 1990, p. 220.

[771] Não se olvida da possibilidade do sistema jurídico de *common-law*, que intenta concretizar a segurança jurídica por meio de regras de precedentes judiciais e *stare decisis*, independentemente da existência de direito escrito.

[772] Eros Roberto Grau critica uma concepção de segurança das relações jurídicas estruturada sobre a ideia da publicidade. Segundo o autor, contemporaneamente, os milhares de preceitos normativos transformam todos em ignorantes do direito. Em síntese, a ideia de que todos conhecem a lei é uma farsa. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 107; 185-186.

previsibilidade[773]. Não se pode dispensar, por exemplo, a congruência entre o disposto nas leis e sua aplicação[774]. Nas palavras de Ávila, "se o conteúdo da norma for minimamente determinado, porém sua aplicação arbitrária, não há segurança jurídica"[775]. A dificuldade reside exatamente em delimitar marcos entre interpretações justificáveis e interpretações que não são atribuíveis aos textos de normas válidos e vigentes[776]. Por mais que a linguagem do direito seja equívoca, não é arbitrária. Existe um plexo de sentidos construídos socialmente que impede a imposição da vontade individual ou a livre subjetividade do intérprete[777]. O regime nazista é o exemplo por excelência dos efeitos deletérios da dissociação racional entre direito e aplicação do direito[778]. Durante o regime nacional-socialista, o método jurídico se converteu em instrumento de transmissão e realização de uma nova ideologia, destinado a defender a idoneidade dos novos donos do poder[779]. Ingo Müller demonstra como os tribunais alemães ignoravam o direito, em favor dos interesses do partido nazista. Métodos e interpretações jurídicas "totalmente novas", mal conseguiam dissimular o aniquilamento: (i) dos direitos e garantias individuais; (ii) do postulado da limitação do exercício do poder do Estado; (iii) da específica restrição ao direito do Estado impor sanções penais[780]. O Brasil também é exemplo.

---

[773] Segundo Humberto Ávila, a confiabilidade depende da existência de "um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes" (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 683).

[774] EGAS, Jorge. **Teoría de la seguridad jurídica**. 2010. Iuris Dictio. 12. 10.18272/iu.v12i14.709. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321892232_Teoria_de_la_seguridad_juridica. Acesso em: 11.06.2020.

[775] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 75-76.

[776] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 366.

[777] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 366.

[778] J. J. Gomes Canotilho desenvolve a – controversa – ideia de "Estado de não direito". Uma das suas características seria a "radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito". Segundo o jurista português: Nos "Estados de não direito" há dois pesos e duas medidas na aplicação das normas jurídicas (leis) consoante as pessoas em causa. Um acto idêntico é sancionado criminalmente com penas desumanas se praticado por adversários políticos, mas merece o encobrimento ou até o beneplácito político quando seja cometido por um correligionário ou por elementos das polícias secretas contra o outro, seja ele um simples adversário político, um idealista defensor dos direitos humanos ou um lutador pela democracia". Vide: GOMES CANOTILHO, Joaquim José. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

[779] SALGADO, María José García. La Jurisprudencia de intereses antes y después del nacional-socialismo. In: RUIZ, F. Javier Blázquez (Coord.). **Nazismo, Derecho, Estado**. Madrid: Editorial Dykinson, 2014, p. 220. Salgado cita, por meio de Rüthers, máximas interpretativas da época, como: "Toda interpretación debe ser una interpretación en sentido nacionalsocialista"; "los preceptos del código civil se mantienen pero adquieren un nuevo objeto a partir de la idea de derecho del movimiento vencedor"; "el fundamento para la interpretación de toda fuente del derecho es la concepción del mundo nacionalsocialista, tal y como se manifiesta especialmente en los programas del partido y en las declaraciones del Führer".

[780] MÜLLER, Ingo. **Los juristas del horror**. Tradução de: FIGUEIREDO, Carlos Armando. Bogotá: Alvaro Nora Libreria Juridica, 2009, p. 104-105, 203-206.

O ordenamento jurídico nacional, à época do regime militar (1964-1985), era uma ordem jurídica excepcional, voltada para sua própria garantia[781].

O conceito de segurança jurídica interpenetra-se com outros conceitos jurídicos consolidados, além de ser, isoladamente, alvo de disputas interpretativas[782]. Existe uma pluralidade de significados para a expressão "segurança jurídica". Gianmarco Gometz apresenta alguns significados como: (i) a possibilidade de conhecer *ex ante* as consequências jurídicas dos comportamentos dos indivíduos; (ii) a previsibilidade das decisões jurídicas concretas; (iii) a acessibilidade ao conteúdo da lei por parte dos seus destinatários; (iv) a fidelidade das decisões aos precedentes judiciais ou a coerência e congruência das decisões jurídicas; (v) a coerência e a completude do ordenamento; (vi) a estabilidade da coisa julgada, etc.[783] Humberto Ávila acentua que o conceito é objeto de contestações acerca de seus fundamentos, dos seus elementos, das suas dimensões e da sua eficácia[784]. Uma das razões é a existência de diversas abordagens que podem ser realizadas perante o objeto "segurança jurídica". A segurança jurídica permite a aproximação e o desenvolvimento de estudos históricos, dogmáticos, políticos, filosóficos etc.

Não é objetivo da presente seção traçar um rol exaustivo de todas as manifestações da segurança jurídica. Conforme destaca Luís Roberto Barroso, no seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um amplo

---

[781] SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence). 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 16. *Vide*, por exemplo, a esdrúxula tentativa do regime militar brasileiro processar o então deputado federal Márcio Moreira Alves, com base na Lei de Segurança Nacional, em razão de discurso proferido na Câmara dos Deputados, por ocasião do 7 de setembro de 1968. Como se sabe, a Constituição Federal de 1946 previa a imunidade parlamentar. O discurso do parlamentar estava claramente protegido pela Constituição, que não excepcionava tipos de discursos, a fim de admitir acusações penais. Sobre o tema: RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 124-139.

[782] Kelsen, por exemplo, ressalta a inter-relação entre estado de direito e segurança jurídica. Segundo ele: "O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que hão de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo consequente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 279). Gometz sustenta que "segurança jurídica" e "certeza do direito" relacionam-se com expressões como "legalidade", "estabilidade da regulamentação jurídica", "irretroatividade da lei penal", "taxatividade da lei penal", "estado de direito", "efetividade" etc. (GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 48).

[783] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 39-40.

[784] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34, 74.

conjunto de ideias e conteúdos[785]. A segurança jurídica evoluiu de mero valor ético-político para norma positivada nas constituições. A Constituição espanhola, por exemplo, reconhece no art. 9.3 o princípio da segurança jurídica, juntamente com outras regras que lhe dão concretude: legalidade, hierarquia, publicidade e irretroatividade[786]. Na América Latina, a Constituição do Equador também positiva expressamente a segurança jurídica no art. 84[787]. José Afonso da Silva identifica na Constituição Federal de 1988 diversas manifestações da segurança jurídica: (i) como garantia (art. 5º, *caput*, CF); (ii) como proteção dos direitos subjetivos, por meio do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, CF); (iii) como direito social, que se traduziria na obrigatoriedade do Estado assegurar uma existência digna (art. 6º, CF); (iv) como segurança do Estado, no que se refere às condições básicas de defesa do Estado contra situações de crise, mediante o estado de defesa e estado de sítio (arts. 36 a 41, CF), além da defesa contra a invasão estrangeira e da soberania nacional, (arts. 34, 91, CF), e; (v) como segurança das pessoas, por meio da segurança pública (art. 144, CF) e garantias penais (art. 5º, incisos XXXVII a XLVII, CF)[788].

---

[785] BARROSO, Luís Roberto. **Em algum lugar do passado:** segurança jurídica, direito intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence). 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, 139.

[786] "Artigo 9. [...] 3. A Constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a não-retroatividade das disposições penais não favoráveis ou que restrinjam os direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos" (ESPANHA. **Constituição** (1978). Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf. Acesso em: 28.01.2020). VIDAL, Isabel Lifante. Seguridad jurídica y previsibilidad. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36, p. 85-105, 2013. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52457/1/Doxa_36_04.pdf. Acesso em: 21.04.2020, p. 2.

[787] "*Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*" (EQUADOR. **Constituição** (2008). Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf. Acesso em: 21.04.2020).

[788] SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence). 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 17-29. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o princípio da segurança jurídica se manifesta em diversas regras do ordenamento jurídico brasileiro: "(i) as regras sobre prescrição, decadência e preclusão; (ii) as que fixam prazo para a propositura de recursos nas esferas administrativa e judicial, bem como para que sejam adotadas providências, em especial a tomada de decisão; (iii) as que fixam prazo para que sejam revistos os atos administrativos; (iv) a que prevê a súmula vinculante, cujo objetivo, expresso no § 1º do art. 103-A da CF, é o de afastar controvérsias que gerem 'grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica'; (v) a que prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas, que também tem o objetivo expresso no art. 976, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC) de proteger a isonomia e a segurança jurídica" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica. Acesso em: 23.04.2020).

Não bastassem todas essas dificuldades, o estudo da segurança jurídica ainda é vítima de uma espécie de Fla-Flu jurídico: inúmeros trabalhos caem na armadilha de qualificar a segurança jurídica como um mito, um ideal irrealizável. De outro lado, juristas mantém a crença na necessidade da segurança jurídica, defendendo-a dos ataques dos céticos. É preciso ressaltar que essa aporia pode ser aparente, decorrente de uma disputa de significados que parte de pressupostos diferentes. Jerome Frank, considerado um dos mais radicais realistas norte-americanos, é usualmente citado como porta-voz do ceticismo, o representante da visão da segurança jurídica como um mito inatingível. Para Frank, a noção generalizada de que a lei é ou pode ser fixa e certa é irracional e deve ser classificada como uma ilusão ou um mito[789]. Segundo esse autor, não é possível predizer o que farão juízes e/ou jurados individuais. É impossível a predição do resultado de decisões judiciais[790]. Conforme sintetiza Gometz, Frank parte da premissa de que a segurança jurídica significa a possibilidade de prever *exatamente* o resultado concreto de um processo, a partir do conhecimento dos textos da lei ou dos precedentes judiciais[791]. De outro lado, Bobbio defende a certeza e a segurança jurídica como observância geral de um conjunto de regras[792]. Para Bobbio, a certeza é um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais. Não seria possível refutar a existência de um direito objetivo, para adotar a tese de que o direito é a contínua criação do juiz[793]. O conflito entre os autores parece decorrer da compressão da possibilidade ou não da segurança jurídica como algo *absoluto*. Ainda que a segurança jurídica não possa ser alcançada de forma absoluta (no sentido de obtenção de respostas unívocas), parece equivocado afirmar a sua total irrelevância. A segurança jurídica pode ser vista como uma questão de grau. Se não é possível uma certeza absoluta, talvez seja possível a aceitação de uma certeza relativa. Mais importante, a segurança jurídica pode ser pensada por meio da controlabilidade racional das decisões judiciais.

Escapa aos limites do presente trabalho verificar detalhadamente todas as manifestações da segurança jurídica. O objetivo da seção não é analisar a possibilidade de incremento da segurança jurídica, por meio da adoção de precedentes (*stare decisis*)[794], alterações no desenho institucional dos órgãos do Poder Judiciário, uniformização da

---

[789] FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. London: Stevens & Sons Limited, 1949, p. 11-12.

[790] FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Tradução de: BIDEGAIN, Carlos M. 3. ed. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 121.

[791] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 49.

[792] Apud GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 49.

[793] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de: BAPTISTA, Fernando Pavan; SUDATTI, Ariani Bueno. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 66.

[794] Sobre o tema: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

jurisprudência, adoção de súmulas vinculantes etc. A presente seção adotará uma perspectiva específica do tema. Nosso exame será fixado em um dos aspectos da segurança jurídica: *o ideal de previsibilidade das decisões judiciais*. A segurança jurídica precisa ser repensada em sua relação com a teoria da norma. O problema da segurança jurídica não pode ser analisado isoladamente. Há uma clara interdependência entre segurança jurídica, teoria da norma, teoria da interpretação e modelos de separação dos poderes. Nesse desiderato, a teoria da norma proposta por Müller é contraposta a dois tipos ideais de segurança jurídica: (i) segurança jurídica como previsibilidade absoluta, e; (ii) segurança jurídica como previsibilidade relativa. O objetivo é analisar em qual dos modelos a teoria da norma proposta por Müller insere-se. A enorme difusão do primeiro modelo de segurança jurídica no senso comum teórico dos juristas, denuncia a importância do estudo da teoria da norma e de teorias da interpretação.

Além disso, a seção almeja dar um passo adiante. Se é correta a premissa de que a norma jurídica não está pronta, o ponto crucial do sistema jurídico reside na atitude do Poder Judiciário frente aos textos de norma[795]. A segurança jurídica precisa ser avaliada sob a ótica da argumentação desenvolvida pelo Poder Judiciário. Torna-se imperativa a existência de mecanismos de controle e o debate público das decisões. Eleva-se, assim, a importância da metódica estruturante do direito, irmã gêmea da teoria estruturante do direito. Se a norma jurídica e a norma de decisão não estão prontas, é necessário discutir o processo de sua elaboração. Isso passa obrigatoriamente por criar padrões e mecanismos para organização dos argumentos. Na lição de Rodriguez, "uma segurança jurídica construída em novos termos estará preocupada principalmente com a dimensão argumentativa"[796]. Dessa forma, é necessário pensar em decisões fundamentadas, não arbitrárias, "que explicitem seus fundamentos para que seja possível discuti-los e submetê-los a algum grau de formalização e padronização"[797].

Conforme sustenta José Rodrigo Rodriguez, é preciso "pensar o problema a partir do objetivo de submeter as decisões jurisdicionais a mecanismos de controle a partir de sua fundamentação"[798]. O autor refuta o que chama de "partido da restauração", que almejaria restabelecer uma suposta segurança jurídica perdida, mediante o esforço do Poder Legislativo em procurar editar apenas "textos normativos fechados". Para Rodriguez, essa abordagem é

---

[795] NEUMANN, Franz. **O império do direito**: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução de: MELO, Rúrion Soares. São Paulo: Quartier latin, 2013, p. 373.

[796] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, p. 129-152, 2012, p. 145.

[797] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, p. 129-152, 2012, p. 146.

[798] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, p. 129-152, 2012, p. 140.

equivocada, pois desconsidera: (i) os avanços da teoria do direito, que evidenciam o caráter *criativo* da interpretação judicial; (ii) o fato empírico dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, cuja característica é a acentuada presença de "textos normativos abertos", como cláusulas gerais, princípios, *standards* etc.[799]; (iii) a possibilidade dos juízes simplesmente afastarem a aplicação de textos normativos fechados, por meio da formulação de exceções à regra.

O problema da segurança jurídica não se revolverá por meio de uma "ciência da legislação", pautada na formulação de textos normativos fechados[800]. Humberto Ávila parece fazer coro com Rodriguez ao prescrever o abandono da edição de normas fechadas como solução suficiente para a obtenção de segurança jurídica[801]. O direito não é capaz de regular todo ato ou fato da vida capaz de gerar consequências jurídicas. Por vezes, é necessária uma delegação com parâmetros, em que são fixadas linhas dentro das quais a norma individual deve ser produzida. Um exemplo: a Lei n.º 9.029/1995, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. O art. 1º estabelece que "é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal"[802]. Parece necessário que o rol elencado no art. 1º da Lei n.º 9.029/95 não seja taxativo. Seria muito difícil estabelecer, *ex ante*, todas as possíveis causas de discriminação no trabalho. A redação "aberta" possibilita abarcar toda e qualquer motivação discriminatória praticada pelo empregador, incluindo a dispensa motivada por *doença* ou novas formas de discriminação. Pense-se, por exemplo, na atual pandemia da covid-19. No mesmo sentido, José Rodrigo Rodriguez cita o exemplo da "concorrência desleal". Seria necessário um número gigantesco de dispositivos para regular todas as espécies de concorrência desleal. Dada a dificuldade de padronização de

---

[799] Como exemplo, podemos citar o art. 11 da Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que tipifica os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

[800] HIERRO, Liborio L. **Seguridad jurídica, crisis de la ley y crisis de la aplicación de la ley**.Disponível em: http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/SEGURIDAD%20JURÍDICA,%20CRISIS%20DE%20LA%20LEY%20Y%20....pdf. Acesso em: 29 abr. 2020, p. 9.

[801] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59, 68.

[802] BRASIL. **Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

antemão, é mais adequada a utilização de textos normativos abertos[803]. Desta forma, conforme Tepedino, "cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrões: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas"[804]. Esse fato coloca em situação de protagonismo o juiz no momento de elaboração da norma de decisão, em detrimento do protagonismo do texto normativo, e da ideia de que as leis devem ser certas, simples e compreensíveis, possibilitado uma aplicação lógica, conforme se advogava no iluminismo. Reforça-se, em consequência, a necessidade de controle da decisão, isto é, da argumentação utilizada para a atribuição de sentido ao texto normativo.

Segundo Ávila, devemos evoluir da ideia de "segurança de significado", calcada na busca desesperada de uma "certeza absoluta", para a "segurança de critérios", isto é, a formulação de parâmetros prévios e abstratos para problemas interpretativos posteriores e concretos. O autor advoga a possibilidade de uma "certeza relativa"[805]. De fato, parece contraproducente, por uma série de motivos que serão oportunamente investigados, apostar em interpretações unívocas decorrentes de textos normativos fechados. Como já ficou claro, a adesão aos jogos de linguagem de Wittgenstein serve para refutar a ideia de que cada palavra da linguagem designa algo. O direito é formulado em linguagem natural e a linguagem natural é equívoca.

Neste cenário, parte-se do pressuposto que a teoria e a metódica estruturante do direito oferecem instrumentos para a realização de uma boa argumentação. O programa da norma e o âmbito normativo são tentativas de estabelecer critérios para fundamentar argumentativamente as decisões. A metódica estruturante intenta organizar elementos de concretização utilizados na práxis. Para além disso, busca hierarquizar esses elementos, segundo imperativos do estado de direito. São privilegiados na concretização do caso concreto, os elementos diretamente ligados ao texto de lei, como o gramatical e o sistemático[806]. A hierarquização é uma forma de controle, uma maneira de criar constrangimentos e padronizar decisões. Evidentemente, não se advoga a adoção da metódica estruturante como método único para a concretização dos textos de normas jurídicas. Porém, nem todos os métodos são admissíveis. Propostas que advogam que textos

---

[803] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, p. 129-152, 2012, p. 137.
[804] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.
[805] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 71.
[806] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 238.

jurídicos têm pouca importância para a decisão de casos concretos não se colocam como condizentes aos imperativos do estado democrático de direito. Isso será abordado oportunamente, na subseção 6.3.

Até que ponto um conceito de segurança jurídica pode ser independente de uma compreensão da norma, de uma visão de separação dos poderes, de uma teoria da interpretação (cética ou cognitiva) é uma das questões que deverá ser explorada nessa seção. Aprofundamos o conceito de segurança jurídica como previsibilidade relativa, que tem como pressupostos a diferenciação entre norma e texto de norma, a refutação ao cognitivismo e uma visão criativa da atividade jurisdicional, no que tange à separação dos poderes.

A seção 6.1 objetiva apresentar a noção de segurança jurídica como previsibilidade absoluta. Discute-se a relação necessária entre a noção de previsibilidade absoluta e a teoria cognitivista da interpretação. A seção aborda a disseminação destes conceitos no senso comum teórico dos juristas e em determinados setores da dogmática jurídica nacional. Para tanto, reconstrói a ideia de interpretação cognitiva no século XIX e as críticas formuladas nos séculos XX e XXI. Em conclusão, são apresentados argumentos para a refutação desse conceito de segurança jurídica. A ideia de previsibilidade absoluta conflita com uma teoria da norma jurídica pós-positivista, calcada da distinção entre norma e texto normativo. Ao mesmo tempo, pressupõe uma visão arcaica da separação dos poderes e desconsidera a reviravolta linguístico-pragmática, isto é, os avanços obtidos pela filosofia da linguagem.

A subseção 6.2 intenta discutir a segurança jurídica como previsibilidade relativa. A seção analisa primeiramente a previsibilidade relativa presente na obra de Kelsen, que rompe com o ideal de previsibilidade absoluta prevalecente no século XIX. A seção avança na discussão, mediante a distinção entre as teorias da interpretação cognitivistas e céticas. A partir daí, discute as particularidades da teoria estruturante do direito, bem como suas diferenças em relação ao positivismo exegético e pós-exegético. Por fim, a subseção 6.3 discute a metódica estruturante do direito como modelo de racionalidade judicial. A seção promove a reflexão sobre os méritos da metódica estruturante como "aparelho metodológico de controle das decisões"[807], especialmente sobre como os conceitos da teoria e da metódica estruturante podem

[807] A expressão é de Thomas da Rosa de Bustamante. O autor emprega a expressão ao analisar a vocação prática das teorias de Friedrich Müller e Robert Alexy. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 43, p. 98-109, abr/jun 2003.

organizar o raciocínio jurídico para solucionar casos concretos e avaliar justificativas específicas[808].

6.1 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE ABSOLUTA

Em uma concepção dinâmica, a concepção de segurança jurídica como *previsibilidade* sustenta a capacidade do cidadão antecipar, com *certeza absoluta*, o conteúdo das decisões futuras que irão qualificar os atos e fatos jurídicos hoje praticados[809]. Entende-se por concepção dinâmica a transição de um texto de norma geral para uma norma individual[810]. José Rodrigo Rodriguez acentua a correlação entre esta ideia de segurança jurídica e teorias que defendem a possibilidade de sentidos normativos unívocos ao dizer que "a segurança jurídica tem sido pensada como a existência de respostas únicas para os problemas jurídicos apresentados diante do Poder Judiciário"[811]. Embora bastante utilizada na literatura jurídica, a expressão *certeza absoluta* é um pleonasmo, pois o substantivo certeza já significa convicção e segurança plena e total, ausência de dúvida[812]. Uma certeza parcial não é certeza. Para Gometz, certeza evoca a ideia de total segurança, de ausência de dúvida sobre o que se afirma como certo. Segundo o autor, a idade de ouro dessa concepção é a época da ilustração jurídica, pautada num conceito bivalente de certeza: existe ou não existe, *tertium non datur*[813]. O curioso é que, conforme se verá, essa concepção subsiste no senso comum teórico dos juristas e em determinados setores da dogmática jurídica nacional, especialmente quando se aborda a atividade de interpretação e realização do direito.

O conceito de segurança jurídica entendido como *previsibilidade absoluta* tem como pressuposto a *teoria cognitivista*, segundo a qual a interpretação realiza-se por meio de um ato

---

[808] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 65.

[809] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68.

[810] Ou mesmo a transição de um texto de norma geral para outro texto de norma geral, como no caso da formulação de normas infraconstitucionais.

[811] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**. Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 202.

[812] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 42.

[813] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 42.

de conhecimento[814]. Segundo essa tese, o significado é algo pré-constituído à interpretação[815]. A interpretação é essencialmente uma atividade de descoberta, de desvelamento de um significado preexistente aos textos normativos[816]. Parte-se do pressuposto de que o sentido dos textos legais existe antes mesmo do sujeito cognoscente lê-los e interpretá-los[817]. O sentido estaria pronto para ser discernido. Assim, o intérprete não disporia de discricionariedade perante os documentos normativos, pois sua atividade consistiria, como se disse, na descoberta ou conhecimento do significado existente desde sempre. Segundo Guastini, "a teoria cognitivista pressupõe a existência, em todo texto normativo, de um sentido unívoco e suscetível de conhecimento: o significado deve considerar-se incorporado aos textos normativos e pré-constituído em relação à interpretação, a qual consiste, precisamente, em trazê-lo à tona"[818]. Chiassoni ainda destaca que o cognitivismo interpretativo implica uma atividade não volitiva, não criativa, não arbitrária, senão técnica, avalorativa e politicamente descomprometida[819]. Há um claro caráter metafísico no cognitivismo, que sustenta que o sentido está nas coisas[820].

Fica demonstrado, portanto, o vínculo entre o conceito de segurança jurídica como *previsibilidade absoluta* e a teoria cognitivista. Ambas as teorias são faces da mesma moeda, pois partilham da confiança: (i) da não distinção entre norma e texto normativo; (ii) da crença em uma norma jurídica pronta, criada pelo Poder Legislativo e com significado único, passível de descoberta; (iii) da existência de uma "interpretação correta", isto é, de uma única "resposta correta" para todos os casos porventura apresentados ao Poder Judiciário; (iv) no formalismo interpretativo; em outras palavras, uma interpretação mecanicista do direito; (iv) de uma particular ideia de separação dos poderes, com foco na prevalência da soberania do parlamento.

---

[814] Segundo Guastini, o vocábulo teoria reporta-se a um discurso sobre aquilo que *é* a interpretação. No caso da teoria cognitivista, a interpretação *é* descrição (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas** Tradução de: BRINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 138; GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 358).

[815] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 367.

[816] MELLO, Cláudio Ari. O realismo metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 187-244, jul/dez 2016. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/409/355. Acesso em: 13 abr. 2020.

[817] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 70.

[818] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 359.

[819] CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 322.

[820] Para uma crítica ao paradigma da metafísica clássica: STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 276.

Chiassoni, em verdade, sustenta que inexiste propriamente uma *teoria cognitivista* da interpretação. Para o autor, o que há é uma *noção cognitivista* da interpretação. Tratar-se-ia, efetivamente, de um *discurso de metodologia hermenêutica prescritiva,* que determina o que o intérprete *deve* ou *não deve* fazer[821]. De forma análoga, Guastini ressalta o caráter eminentemente ideológico da teoria cognitivista, que intenta "não tanto descrever o que acontece, como prescrever aquilo que deveria acontecer"[822]. Para Chiassoni e Guastini, partidários da escola realista genovesa, parece fora de dúvida que os dispositivos normativos são equívocos, vagos e ambíguos. A teoria cognitivista obscureceria esse fato e ainda seria contraintuitiva, por não corresponder ao observado na realidade prática[823]. Em diversas oportunidades observa-se uma pletora de distintas interpretações para o mesmo texto normativo, cujo significado depende da atribuição de sentido realizada pelo juiz ou tribunal competente. A Constituição, em especial, é produto de uma intensa disputa interpretativa sobre os sentidos do texto constitucional[824]. O caráter contraintuitivo da crença em "sentidos unívocos" se sente no dia a dia do Judiciário, que responde de forma heterogênea aos textos normativos.

A crítica sobre uma *práxis* decisória fundada no cognitivismo não é nova. Já no início do século XX os realistas buscavam um retrato menos idealizado do mundo jurídico. Para o realismo norte-americano, *e.g.*, as decisões jurídicas se baseiam antes em preferências políticas ou predisposições, do que na dedução a partir de normas gerais[825]. A propósito do tema, também vale a crítica de Antonio Manuel Hespanha acerca das contradições da escola da exegese, a escola cognitivista por excelência. Para Hespanha, a despeito da escola da exegese prescrever uma interpretação declarativa, na prática, o jurista, ao declarar o direito, também o criava[826]. Na conclusão sociológica de Sérgio Said Staut Jr.: "se há algo de que os juristas procuram não "abrir mão" é o "dizer o direito em sociedade"[827].

---

[821] CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 323.

[822] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 361.

[823] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 368.

[824] POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Tradução de: JARAMILLO, Leonardo García. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 33.

[825] BIX, Brian. **Diccionario de teoría jurídica**. Tradução de: TRUJANO, Enrique Rodríguez; LIZÁRRAGA, Pedro A. Villarreal. 1. ed. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 229.

[826] HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 379-382.

[827] STAUT JÚNIOR, S. S. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 5, ano 1, 2015, p. 1344, 1352.

É importante destacar que a teoria cognitivista da interpretação praticamente não possui defensores atualmente[828]. Segundo Chiassoni, "os principais teóricos do século XX adotam posições que, em sua peculiaridade, são unidas pela rejeição ao cognitivismo ou formalismo interpretativo"[829]. Lenio Streck aduz que as "teorias positivistas [...] já superaram essa discussão há décadas, como as de Joseph Raz, Scott Shapiro, Wilfried Waluchow [...] e assim por diante"[830]. De fato, Kelsen e Hart, dois dos principais autores positivistas do século XX, já rejeitavam a teoria cognitivista da interpretação[831]. Kelsen aduz expressamente que o pensamento de que uma norma jurídica "apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a 'interpretação correta'" é um embuste, "uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica"[832]. Herbert Hart em "O conceito de direito", publicado em 1961, adota a teoria da textura aberta das normas jurídicas, reconhecendo a liberdade discricionária do intérprete. Como se sabe, Hart promoveu um giro hermenêutico e uma aproximação entre direito e filosofia da linguagem[833]. O cognitivismo é refutado, pois "os limites naturais da linguagem impedem que o Direito se expresse sempre através de enunciados unívocos, gerando a necessidade do intérprete buscar – dentro desse mesmo sistema – a complementação de significado dos termos não claros"[834]. Ainda assim, há quem sustente a existência de um renascimento do cognitivismo em meados do século XX. Moreso aponta para reformulações da tese da resposta correta na literatura recente, em especial nas obras de Michael Moore, O. Brinks, H. Hurd e Ronald Dworkin[835]. Segundo Moreso, a

---

[828] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 360.

[829] CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 322.

[830] STRECK, Lenio Luiz. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii. Acesso em: 13 abr. 2020.

[831] Frise-se que Kelsen e Hart escreveram suas obras seminais entre as décadas de 30 e 60 do século passado.

[832] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 396.

[833] BIX, Brian. **Diccionario de teoría jurídica**. Tradução de: TRUJANO, Enrique Rodríguez; LIZÁRRAGA, Pedro A. Villarreal. 1. ed. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 115-116; BIX, Brian. **Teoría del derecho**: ambición y limites. Tradução de: NAVARRO, Pablo E. et al. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 131-139; KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/o-conceito-de-direito-em-hart_590b3d9089bb9.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020, p. 2.

[834] KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/o-conceito-de-direito-em-hart_590b3d9089bb9.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020, p. 27.

[835] MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución**. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 161.

partir da leitura de Hart, Dworkin seria defensor do "nobre sonho": (i) a ideia de que sempre existe uma resposta correta; (ii) que os tribunais sempre aplicam o direito e nunca o criam[836].

O cognitivismo interpretativo teve seu auge no século XIX, embora existam predecessores nos sécs. XVII e XVIII, como Samuel Pufendorf (1632-1694) e Gottfried Wilhelm Leibiniz (1646-1716)[837]. O ápice do cognitivismo, porém, se dá com a escola da exegese. Chiassoni demonstra que, no âmbito da escola da exegese, havia uma convergência substancial em afirmar o caráter cognoscitivo da interpretação. A ideia de "captar o verdadeiro significado" aparece na obra de juristas franceses como Laurent e Demante[838]. Conforme ressalta o catedrático italiano, embora a promulgação do Código Civil francês em 1804 tenha resultado no predomínio da lei como fonte do direito, com a consequente idealização da atividade do jurista como essencialmente descritiva, "isso não teve o efeito de dar vida a uma ampla literatura da teoria da interpretação"[839].

Dentre as principais ideias da escola da exegese, no que tange à interpretação, destacam-se: (i) a concepção cognitivista da aplicação judicial das leis[840]; (ii) a doutrina da subordinação da jurisdição à legislação (ideologia da separação dos poderes)[841].

Marcelo Neves aponta que o modelo de interpretação do direito da escola da exegese era sintático-semântico, ao enfatizar "as conexões sintáticas entre termos, expressões ou

---

[836] MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución**. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 160. Refoge aos limites do presente trabalho uma ampla discussão sobre a teoria interpretativa de Ronald Dworkin. Sobre o tema: FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Princípios e positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorias de Robert Alexy y Ronald Dworkin. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**: uma abordagem. Coimbra: Livraria Almedina, 2005; CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; BAPTISTA MACHADO, J. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002; CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM Editora, 1995; SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006; IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua nova**, n. 61, 2004; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[837] Explicações sobre o cognitivismo dos referidos autores em: CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

[838] CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 354-355.

[839] CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 342-343.

[840] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de: PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E., p. 83-89, 211.

[841] Conforme sustenta Helmut Coing, o juiz estava submetido à lei; quando confrontado com o caso concreto, somente poderia expressar o que o legislado disse sobre o tema de forma abstrata (COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução de: ANTONIUK, Elisete. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 318).

enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a univocidade (semântica) dos mesmos"[842]. Na aplicação concreta da lei, a escola da exegese partia do pressuposto de que sua atividade seria meramente declaratória. O método jurídico consistia na ideia de que o jurista conhecia o direito de maneira lógico-formal e aplicava-o também lógico-formalmente. Tendo como norte o postulado da exclusividade da lei como critério jurídico-decisório, o juiz era tido como um mero servidor da lei, e não deveria buscar fora dela quaisquer regras para guiá-lo no processo de aplicação do direito[843]. A escola da exegese era, prioritariamente, subjetivista, eis defendia que o significado deveria corresponder à vontade/intenção da autoridade normativa[844]. Caberia sempre ao intérprete descobrir o sentido unívoco dos textos legais[845].

A ideologia da separação dos poderes, pautada na subordinação da jurisdição à legislação, se manifesta na afirmação de que os juízes não poderiam criar o direito, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo. Após a revolução francesa e a promulgação do Código Civil de 1804, vivia-se um momento de "encantamento com a atividade do legislador", cujo protagonismo e importância não tem precedentes na história[846]. Como sintetiza Sérgio Said Staut Jr., ao intérprete e à doutrina cabia "apenas o culto à Lei, numa atividade de submissão à vontade do legislador"[847]. A ansiada segurança jurídica demandaria o esvaziamento da interpretação, mediante uma aplicação mecânica da lei[848]. José Maria Arruda de Andrade reforça os laços entre interpretação cognitivista/declarativa, separação dos poderes e segurança jurídica, ao dizer que "o Estado Moderno liberal e burguês está baseado no primado da lei votada pelo Legislativo e pela neutralidade do Poder Judiciário, que apenas subsume o fato à

---

[842] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 357.

[843] GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 23; PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de: PUPI, Vergínia K. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 54.

[844] Ressalte-se a existência de duas teorias do significado ventiladas pelos partidários da teoria cognitivista. Para além da teoria subjetivista, há a teoria objetivista, que sustenta a necessidade de se buscar a "vontade da norma", "o sentido objetivo da lei", via de regra por meio de regras semânticas e sintáticas geralmente aceitas (GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 369).

[845] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 358.

[846] STAUT JÚNIOR, S. S. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 5, ano 1, 2015, p. 1349.

[847] STAUT JÚNIOR, S. S.. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 5, ano 1, 2015, p. 1351.

[848] A revolta antiformalista do início do século XX foi precisa em denunciar o equívoco do cognitivismo, porém falhou na abordagem acerca da teoria da norma e em construir estratégias metódico-decisórias capazes de gerar segurança jurídica. O Movimento do Direito Livre é o exemplo paradigmático desse estado de coisas.

lei abstrata. A segurança é assegurada, teoricamente, nas duas frentes, na existência de uma lei prévia e formal e na neutralidade do aplicador, que apenas declara o conteúdo legal, no quadro de um programa funcional, hipotético e condicional"[849].

A teoria da segurança jurídica como previsibilidade absoluta (e a teoria cognitivista que lhe serve de fundamento) importa, portanto, em uma especial compreensão da teoria da separação dos poderes, assentada na ideologia da subordinação da jurisdição à legislação. A função jurisdicional deve ser considerada subordinada ao Poder Legislativo, que se manifesta por meio do direito positivo estatal[850]. Como sintetiza Chiassoni, "ao julgar, os juízes devem, por conseguinte, limitar-se a aplicar a lei como esta é, sem modificá-la ou inová-la"[851]. A subordinação do Judiciário à lei é vista como algo atingível, desde que a atividade decisória seja puramente cognoscitiva, isto é, apenas descritiva, não produtiva, não criativa, não discricionária, baseada na dedução: a constatação do direito como premissa maior, os fatos como premissa menor e a conclusão silogística. Aplicar a lei "como esta é" traz ínsito o pensamento de que as normas jurídicas estão prontas, são uma manifestação da vontade do legislador histórico.

É curioso notar como a teoria cognoscitiva e a ideia de segurança jurídica como previsibilidade absoluta encontram-se incorporadas ao senso comum teórico dos juristas. Lenio Streck demonstra que domina no campo do direito o modelo que defende a possibilidade do sujeito alcançar a "'interpretação correta', o 'exato sentido da norma', 'o exclusivo conteúdo/sentido da lei', o 'verdadeiro significado do vocábulo', 'o real sentido da regra'"[852]. Não é incomum, no interior dos "jogos interpretativos" do Poder Judiciário, perguntas como "qual o verdadeiro significado desta lei? Qual a verdadeira intenção do legislador?", e outras similares[853].

---

[849] ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 183.

[850] CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 347.

[851] CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 347.

[852] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

[853] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de: BRINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 144.

Juízes que se autocompreendem como legalistas vocalizam essas perguntas com frequência e argumentos dessa estirpe motivam decisões do Poder Judiciário[854]. Alexandre Morais da Rosa denuncia a crença no "verdadeiro sentido da norma" no âmbito do processo penal. O exemplo paradigmático é a obra de Fernando Capez, que sustenta a interpretação como "a atividade que consiste em extrair da norma seu exato alcance e real significado. Deve buscar a vontade da lei, não importando a vontade de quem a fez (LICC, art. 5º)"[855]. José Maria Arruda de Andrade demonstra que a ideia de segurança jurídica absoluta, pautada na possibilidade de fechamento total dos conceitos jurídicos, também subsiste no âmbito da dogmática tributária. O autor cita a obra de Alberto Xavier, que prescrevia a ligação entre iluminismo e exegese literal no direito fiscal. Para Alberto Xavier, o iluminismo e a escola da exegese "estariam relativizadas apenas no direito público genérico, mas plenamente vigentes e justificáveis no âmbito tributário"[856].

Ocorre que a teoria da segurança jurídica como *previsibilidade absoluta* não assimila a diferença entre norma e texto normativo. A interpretação do direito é vista como um processo reprodutivo de algo que já está pronto. Além de tudo, funda-se na ideia da

---

[854] Nesse sentido o seguinte acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina: "DIREITO MATERIAL. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO NO JUÍZO SINGULAR COM LASTRO EM DISPOSITIVO DE LEI MUNICIPAL, QUE APARENTEMENTE, PREVÊ PRAZO BIENAL PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CONTRA O MUNICÍPIO. INTERPRETAÇÃO DA NORMA, TODAVIA, QUE LEVA A CONCLUSÃO DIVERSA. DEMANDA PROPOSTA NO PRAZO QÜINQÜENAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA, COM RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO SINGULAR PARA ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA DE MÉRITO PROPRIAMENTE DITA. PROVIMENTO. "A necessidade de interpretação surge a todo momento no mundo jurídico, sobretudo na tela judiciária, desmentindo assim dito de PROUDHON de que 'é caluniar a lei supor que ela é deficiente e obscura'. "A ambiguidade do texto, má redação, imperfeição e falta de técnica impõem, a todo instante, a intervenção do intérprete, a pesquisar-lhe o **verdadeiro significado**, **o que o legislador realmente quis editar ou estatuir**. [...]. "Interpretar-se uma lei, repita-se, é determinar-lhe com exatidão seu **verdadeiro sentido**, descobrindo os vários elementos significativos que entram em sua compreensão e reconhecendo todos os casos a que se estende sua aplicação. Para SAVIGNY, interpretação é a reconstrução do pensamento contido na lei. Interpretar a lei será, pois, reconstruiu a *men legis* (sic), seja para entender corretamente seu sentido, seja para suprir-lhe as lacunas. Fácil a tarefa se se trata de lei clara; difícil, porém, se a norma a ser interpretada é obscura ou formulada de modo ambíguo (Washington de Barros Monteiro) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Apelação Cível n.º 2001.009633-1, de Cunha Porã, Rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-05-2003).

[855] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26-27, 59-63, 366-383 apud ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal com bricolage de significantes**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2004. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22.04.2020, p. 183.

[856] ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 175. Segundo Xavier: "A decisão do caso concreto obtém-se, assim, por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal". [As normas que instituem tributos] [...] não se limitam a autorizar o órgão da aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando integralmente o seu conteúdo" apud (ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 176).

interpretação/aplicação como um processo meramente lógico-dedutivo e em uma separação dos poderes que relega ao Judiciário um papel não criativo. Todos estes pressupostos estão em franca contradição com uma teoria da norma jurídica pós-positivista, em especial aquela desenvolvida por Friedrich Müller. Ora, compreender a interpretação como "revelação do sentido da norma" é inconciliável com a distinção entre norma e texto de norma. Se a norma é tida como preexistente à interpretação, a concretização do direito poderia ser apenas descritiva ou explicativa. Porém, como já visto, a atividade de concretização é criativa. Se a atividade de concretização é criativa, não é possível defender o postulado da separação dos poderes nos moldes do século XIX. O Poder Judiciário também cria direito.

Finalmente, a ideia de segurança jurídica como "sentido unívoco" a ser captado mediante métodos de interpretação se mostra desarrazoada. Como enfatiza Ávila, "defender a segurança jurídica como possibilidade de conhecimento prévio das decisões é simplesmente defender o indefensável"[857]. Do ponto de vista da filosofia da linguagem, a tese encontra-se superada, diante do fato da linguagem ser sempre indeterminada, impedindo a desejada predeterminação de significados. As palavras não incorporam um significado "próprio", fruto de uma relação "natural" entre palavras e realidade[858]. Consoante José Maria Arruda de Andrade, "não há como se defender a ideia de que o texto normativo (que se pretende exaustivo) possua uma univocidade de sentido e um dado prévio que possa ser captado e reproduzido pelo intérprete autêntico, tal qual uma mente especular"[859]. Esse enfoque cognitivista/essencialista também conduz a resultados elitistas, a que Warat se referia figurativamente como o "monastério dos sábios"[860]. Conjeturar essências supõe que existam sujeitos habilitados e procedimentos cognoscitivos especiais aptos a aceder a ditas essências[861]. Tal concepção é bastante elitista. Quem seriam os atores capacitados e quais os procedimentos? Por todo o

---

[857] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68.

[858] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de: BRINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 139.

[859] ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 177.

[860] Segundo Warat: "Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade 'científica', de um 'monastério dos sábios'" (WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, v. II, p. 68). A mesma citação é feita em: ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal com bricolage de significantes**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2004. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22.04. 2020, p.37.

[861] PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre la identificación del derecho a través de la moral. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 135.

exposto, à luz de uma nova teoria da norma, a ideia de segurança jurídica como previsibilidade absoluta das decisões deve ser abandonada, eis que fundada numa série de suposições falaciosas.

6.2 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE RELATIVA

A segurança jurídica pode ser vista sob a ótica da previsibilidade relativa. Na segunda edição da Teoria pura do direito (1960), ao rechaçar um conceito de segurança jurídica enquanto previsibilidade absoluta, Kelsen propôs em substituição um modelo baseado na ideia de *previsibilidade relativa*, compatível com a estrutura dinâmica e escalonada da ordem jurídica, bem como com o pressuposto da equivocidade de significado das normas jurídicas.

Kelsen afirma que a segurança jurídica consiste no fato de "a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais"[862]. Como se vê, a segurança jurídica é compreendida como a possibilidade de previsibilidade do conteúdo normativo dos atos jurisdicionais (e administrativos)[863]. Essa conclusão acerca da segurança jurídica como certeza do conteúdo do direito, deriva do fato de Kelsen explicitamente fazer referência à possibilidade dos indivíduos *poderem orientar sua própria conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais*[864]. Ou seja, seria possível aos indivíduos prever o que disporão as normas individuais, a partir do conhecimento das normas gerais. Essas predeterminariam parcialmente a formulação das normas individuais. Isso porque, segundo Kelsen, a segurança jurídica é um ideal que é realizável apenas aproximativamente, dada a plurissignificação da maioria das normas jurídicas[865]. Conforme sentencia Gometz, Kelsen aceita um conceito não classificatório de segurança jurídica: se trata de uma questão de *grau*, não de algo que exista ou não exista[866].

Kelsen compreende que a segurança jurídica tende a aumentar quando a produção de normas jurídicas está completamente centralizada em um órgão legislativo e os tribunais limitam-se a aplicar as normas gerais, quando da formulação das normas individuais nos casos

---

[862] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 279.

[863] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 94.

[864] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 96.

[865] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 396.

[866] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 107.

concretos. Relembre-se que, para Kelsen, todo ato de aplicação do direito é também um ato de criação do direito. Movendo-se sobre o terreno dos "tipos ideais de sistemas jurídicos", Kelsen sustenta que, quando não existe um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos segundo sua livre apreciação, há um déficit de segurança jurídica. A ausência de normas gerais que predeterminem a decisão judicial ou o ato administrativo, poderiam conduzir a resultados insatisfatórios. Nesta hipotética ordem jurídica, "os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam como demandantes ou demandados, acusadores ou acusados. Por isso, não podem saber de antemão o que lhes é juridicamente proibido ou permitido, para que é que têm ou não têm poder ou competência"[867]. Um sistema desta estirpe possuiria grande *flexibilidade*, mas renunciaria à segurança jurídica.

Para Kelsen, a segurança jurídica se realiza em maior ou menor medida, de acordo com circunstâncias contingentes como: (i) produção de normas em um Legislativo centralizado; (ii) redução da discricionariedade, por meio da edição de normas fechadas. Em relação ao primeiro aspecto, Gometz ressalta que os ordenamentos jurídicos historicamente existentes se encontram em algum lugar dos dois tipos ideais formulados por Kelsen: centralização total ou descentralização da produção legislativa. Assim, a segurança jurídica se realizaria em uma medida diretamente proporcional ao grau de centralização legislativa e inversamente proporcional ao grau de descentralização da produção de normas jurídicas gerais[868]. Já em relação ao segundo aspecto, vale dizer que Kelsen propugnava a edição de normas fechadas, como forma de diminuição da discricionariedade e aumento do conteúdo informativo[869]. O legislador deveria adotar uma determinada técnica legislativa, de forma a atenuar a pluralidade de significações, com o fim de obtenção do maior grau possível de segurança jurídica. Para Kelsen, a norma a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação (mais de uma resposta aos problemas jurídicos). Normas muito genéricas

---

[867] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 280.

[868] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 95.

[869] Segundo Kelsen: "E que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 396-397).

ampliariam a gama de opções interpretativas possíveis[870]. Assim, conforme conclui Gometz, o grau de certeza sobre uma singular decisão jurídica diminui em razão do número de alternativas possíveis[871].

Como visto anteriormente, a teoria estruturante do direito também repele a segurança jurídica enquanto previsibilidade absoluta, filiando-se à corrente que defende a possibilidade de uma previsibilidade relativa. Importa, assim, avaliar mais a fundo a relação entre a teoria da norma proposta pela teoria estruturante do direito, as distintas teorias da interpretação e a segurança jurídica como previsibilidade relativa.

Qual a teoria da interpretação que se adapta à ideia de segurança jurídica como previsibilidade relativa? Riccardo Guastini classifica as teorias de interpretação em cognitiva, cética e intermediária[872]. A teoria cética compreende que a interpretação não é ato de conhecimento, mas de valoração e decisão e que não existe um significado "próprio" das palavras[873]. No campo da teoria cética, são distinguíveis os céticos *radicais* e os *moderados*: os primeiros sustentam que os textos não têm significado algum, razão pela qual admitem *qualquer* interpretação, ao passo que os segundos sustentam que os textos têm uma gama de significados possíveis, de forma que admitem uma *multiplicidade* de interpretações[874].

Definitivamente, a previsibilidade relativa não se liga ao cognitivismo, que acredita que o sentido estaria pronto antes da interpretação. A segurança jurídica como previsibilidade relativa também não se compraz com a teoria cética radical, que admite a possibilidade de atribuição de *qualquer* sentido aos textos normativos. O ceticismo radical importa em um niilismo interpretativo que impede qualquer previsão sobre o conteúdo normativo dos atos

---

[870] Gometz fornece o exemplo do art. 2º de RD 773, de 1931 (lei de segurança pública): "O prefeito, em caso de urgência ou por grave necessidade pública, tem a faculdade de adotar as medidas indispensáveis para a tutela da ordem pública e da segurança pública" (GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 101. Tradução nossa). Como se vê, as expressões empregadas na legislação supracitada dificultam a previsibilidade das consequências jurídicas que poderão ser operadas pelo prefeito municipal.

[871] GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 100.

[872] A teoria intermediária aduz que a interpretação é ora ato de conhecimento, ora ato de vontade. Em "casos fáceis" trata-se de *descobrir* o significado; em "casos difíceis", de *atribuir* um significado. Para além do problema de "descoberta" do significado, já abordado anteriormente, subiste a questão da diferenciação entre casos "fáceis" e "difíceis". Essa distinção não é objetiva e carece de decisões interpretativas. A discricionariedade entra em jogo na classificação de um caso como "fácil" ou "difícil" (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de: BINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 143).

[873] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de: BRINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 140.

[874] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 363.

jurisdicionais[875]. Vale aqui o comentário jocoso de Hart: "O cético acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras"[876]. Indubitavelmente, a ideia de previsibilidade relativa estaria perdida se aos textos normativos pudessem ser atribuídos quaisquer sentidos.

A teoria estruturante do direito não pode ser caracterizada como cognitivista. Segundo Müller, não se "pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado"[877]. Ao contrário, a metódica estruturante parece adotar uma variante da teoria cética proposta por Guastini. Em relação aos céticos radicais, a teoria estruturante partilha da ideia de que os textos normativos: (i) não tem significado algum antes da interpretação/concretização; (ii) não são normas jurídicas, mas "formas preliminares". Igualmente, concorda com a afirmação de que (iii) as normas jurídicas não são criadas pelos legisladores, mas pelos intérpretes, especialmente aqueles com funções decisórias no Poder Judiciário[878]. Müller chega a afirmar que o juiz é o verdadeiro legislador, para depois dizer que é um "legislador de segundo grau"[879].

Porém, trata-se de um ceticismo distinto do ceticismo radical de alguns autores realistas, eis que a teoria e a metódica estruturante se importam com o texto de norma e não apenas com o fato empírico da conduta dos juízes. Nesse particular, Müller não pode ser

---

[875] Em entrevista sobre antropologia, Geertz diferencia o niilismo da incerteza inerente do mundo: "Como se pode escapar do niilismo na interpretação? R: Eu não vejo qual é o papel do niilismo. Se você fosse niilista, nem começaria a interpretar. Não tentaria ao menos começar a entender os outros. Acho que há uma diferença entre o niilismo e uma simples ausência de certeza. É verdade que quase todas as interpretações antropológicas tenham por fim um resíduo de incerteza, de vagueza, indeterminação, contingência. Mas isso não é niilismo, isso é o modo como o mundo é. Se você for realmente um niilista, não se importará com nada, não tentará buscar compreender nada, não interpretará nada. Não escreveria -ao menos eu não vejo razão para que escrevesse- um longo livro sobre coisa nenhuma" (GEERTZ, Clifford. **A mitologia de um antropólogo**. Entrevista com Victor Aiello Tsu. Folha de São Paulo. Caderno Mais! 18/02/2001. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1802200103.htm. Acesso em: 7.05.2020).

[876] HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de: MENDES, A. Ribeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 152.

[877] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.

[878] Segundo Müller, os textos de normas são expressões com "significância", mas sem "significado. Ademais, o legislador não formularia normas, mas apenas disposições textuais, isto é, textos normativos (MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 67. No prelo; MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11; GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 362-363).

[879] MÜLLER, FRIEDRICH; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. Rechtstext und Textarbeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 86 apud COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

caracterizado como um cético radical, pois não acredita que "os intérpretes estão inteiramente livres para atribuir a todo texto normativo, literalmente, *qualquer* significado"[880]. Apesar de Müller concordar com a premissa dos céticos radicais (que o significado não preexiste à interpretação), não chancela a conclusão (a possibilidade de *qualquer* interpretação). O processo de atribuição de sentido tampouco é totalmente discricionário (como o ato de vontade kelseniano, no positivismo normativista), pois Müller intenta estabelecer parâmetros para o ato de concretização.

Segundo Marcelo Neves, a teoria estruturante do direito adota uma perspectiva semântico-pragmática, que confere "uma maior relevância ao fator pragmático do processo interpretativo do que a tradição hermenêutica que remonta a Gadamer"[881]. Porém, entende Neves que o seu método é especificamente lastreado na semântica[882]. O autor intui que a exigência de imputação da norma de decisão à uma norma geral e à um texto normativo vigente só poderia ser resolvida satisfatoriamente no plano pragmático. O problema de uma concretização correta seria um problema pragmático, tendo em vista a "relação discursivo-dialógica entre intérpretes, sejam estes agentes ou destinatários da decisão consequente, e a multiplicidade de expectativas que se contradizem e conflitam em relação ao texto da norma"[883]. A despeito da correção da crítica de Neves, o que interessa é a conclusão de que, para a teoria estruturante do direito, nem toda interpretação/concretização normativa é possível[884]. Certos realistas afirmam que a ideia de "erro judicial" é logicamente impossível, pois as normas jurídicas apenas são criadas pelo Poder Judiciário. Logo, *se o direito é o que os juízes dizem*, não há a possibilidade de erro judicial. Na explicação de Moreso, os juízes não poderiam se equivocar, posto que são eles quem estabelecem os direitos e deveres dos

---

[880] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 361-363.

[881] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360.

[882] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 362.

[883] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 362.

[884] A crítica de Neves sobre uma menor importância da pragmática na teoria estruturante do direito parece discutível. Müller afirma expressamente que o texto deve ser compreendido como "concatenação de atos linguísticos inseridos numa situação, em um "jogo linguístico" com precisas conotações sociais e dentro de precisas funções comunicativas" (MÜLLER, Friedrich. Problemas de linguística do direito. Tradução de: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 11, n. 20, p. 258-263, jan-jul, 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/Mueller.pdf. Acesso em: 13 maio 2020, p. 259).

cidadãos[885]. Compartilhamos da visão de Jordi Ferrer Beltrán, no sentido de que, mesmo sob a égide do realismo, uma interpretação pode ser considerada admissível ou inadmissível (um caso de erro judicial) por contrastar com os padrões interpretativos vigentes na comunidade[886]. Marcelo Neves partilha da crença da não arbitrariedade interpretativa ao dissertar sobre a possibilidade de uma heterovalidação das interpretações na esfera pública pluralista, isto é, a viabilidade de construção de sentido dos textos na esfera pública[887].

É necessário insistir na diferença da teoria estruturante para outras formas de positivismo pós-exegético. A metódica estruturante não concede ao juiz um salvo conduto para atribuir *qualquer* sentido aos textos normativos. A teoria de Müller representa um passo adiante do normativismo de Kelsen. A discricionariedade, porém, não desaparece completamente no pós-positivismo mülleriano. Reconhecer a discricionariedade não significa apostar no protagonismo judicial. Reconhecer que o juiz cria direito não significa o fim da separação dos poderes e o fim da democracia representativa, tampouco em onipotência judicial e/ou juristocracia[888]. Nas palavras de Streck: "a afirmação de que o 'intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung) ao texto', nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a 'dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa', atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos"[889]. Conforme visto na subseção 2.5.1, não é possível atribuições de sentido que não sejam compartilhadas pela comunidade jurídica. A linguagem deve ser vista no nexo de jogos de linguagem e formas de vida. Há um jogo de linguagem específico do Direito, inserido no

---

[885] MORESO, José Juan. La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 69.

[886] FERRER BELTRÁN, Jordi. Sobre la possibilidade del error judicial y los desacuerdos irrecusables em el derecho. Once comentários a las tesis de José Juan Moreso. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 135.

[887] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 369-371. Em sentido semelhante, afirma Guastini: "Esses vínculos dependem da circunstância de que, em todo ambiente cultural dado, os usos linguísticos correntes admitem uma gama, ainda que vasta, de qualquer maneira limitada, de significados possíveis para toda expressão dada. Atribuições de significado que não caem dentro dessa gama são dificilmente sustentáveis, sujeitas à crítica e provavelmente destinadas ao insucesso" (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de: BRINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 141). Em outra oportunidade, Guastini defende que a ideia de 'respostas aceitáveis', isto é, aquelas que se seguem da aplicação de regras e argumentos aceitos dentro de uma determinada cultura jurídica, coloca em dúvida o caráter genuinamente cético de algumas teses (GUASTINI, Riccardo. Prólogo. In: TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley** (Derecho y Argumentación n.º 11). Spanish Edition. Palestra Editores. Edição do Kindle).

[888] Utilizamos a expressão "juristocracia" para criticar decisões que não podem ser reconduzidas aos textos de normas válidos. O problema não está na judicialização, mas em *como* as decisões são formuladas, fundamentadas.

[889] STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 286.

"entorno efetivo das condições sociais, políticas e econômicas, e no entorno normatizado das instituições estatais envolvidas"[890]. A metódica estruturante se coloca distante do positivismo exegético que queria evitar a discricionariedade, mas também longe do positivismo pós-exegético que permite ao juiz uma solução discricionária (toda decisão é conforme ao direito), sem qualquer forma de controle. O controle da discricionariedade, *e.g.*, ocorre já na seleção dos pontos de vista admissíveis para a composição do âmbito da norma e da norma jurídica. Como já ficou claro, argumentos factuais não estão acima do ordenamento jurídico. O que se cobra é transparência decisória. Explicitação das razões de decidir. Rodriguez enfatiza a importância da adoção de um modelo de racionalidade judicial, como forma de impedir a livre veiculação de subjetivismos discricionários. Em passagem que seria subscrita pela metódica estruturante, aduz que, "o elemento que descentra a autoridade é, justamente, o conjunto de ônus argumentativos com os quais ela deve arcar para proferir uma boa decisão, ou seja, o modelo de racionalidade judicial seguido por ela"[891].

Em conclusão, uma teoria da norma pós-positivista, nos moldes müllerianos, não pode sustentar a segurança jurídica como previsibilidade absoluta. Para Müller, esse paradigma opera com pressupostos toscos: (i) a possibilidade de uma única interpretação correta em cada caso; (ii) um centro de sentido de conteúdo claro; (iii) uma unidade do sentido objetivo dos textos jurídicos[892]. À luz da teoria estruturante do direito, é possível defender a segurança jurídica como previsibilidade relativa. Para além disso, a adoção de novos pressupostos teóricos e decisórios não compromete a segurança jurídica. Não acarreta em um déficit de segurança jurídica a adoção de um modelo: (i) *de norma jurídica pós-positivista*, que ataca as insuficiências próprias do positivismo (identificação do texto à norma; norma jurídica como puro dever-ser), e; (ii) *de linguagem*, que elimina a falácia de que o significado não é produzido, mas *descoberto* no texto normativo. Aliás, o receio de insegurança começa a dissipar-se quando constatado: (i) o equívoco teórico de uma teoria da norma que iguala texto e norma e desconsidera a facticidade como elemento integrante da mesma; (ii) a natureza meramente formal e ideológica da ideia de segurança jurídica como previsibilidade absoluta[893]. Conforme leciona Andrade, diante de todos os desenvolvimentos da filosofia e da teoria do direito

---

[890] MÜLLER, Friedrich. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 127.

[891] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 78.

[892] MÜLLER, Friedrich. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 127.

[893] ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 185.

experimentados nas últimas décadas, "o operador tem que conviver com uma incapacidade de construir a desejada segurança jurídica por meio da referibilidade dos textos normativos para conteúdos certos e preexistentes"[894].

6.3 A METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA O CONTROLE E A CRÍTICA DA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA

Deste modo, a segurança jurídica deve ser pensada sob o prisma da crítica e do debate. A impossibilidade de predeterminação do conteúdo normativo deve ser resolvida por meio do controle da argumentação decisória. A segurança jurídica deve ser buscada mediante o asseguramento das possibilidades de discussão. Esse é o ponto decisivo. Em um contexto em que se reconhece que a norma jurídica é concretizada pela Poder Judiciário, que não há significado dado de antemão, a fundamentação da decisão, isto é, o conteúdo da norma jurídica e da norma de decisão, em uma linguagem mülleriana, deve ser discutido, debatido. Numa democracia, decisões judiciais são criticáveis. O debate cria constrangimentos que permitem que, com o avançar do tempo, o Judiciário promova mudanças. Consoante lecionam Post e Siegel, as decisões judiciais proferidas pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário não interrompem o debate jurídico. Toda decisão judicial transitada em julgado oferece uma resposta definitiva para o caso *sub judice*, mas uma resposta parcial para o desenvolvimento da matéria em debate[895]. Talvez se deva enxergar as decisões judiciais não como "última palavra", mas como parte de um diálogo em constante evolução. As lutas que se desenvolvem em torno do significado da Constituição não ameaçam a sua autoridade, senão ajudam na afirmação de sua legitimidade.[896].

A metódica estruturante do direito, enquanto "aparelho metodológico de controle das decisões", se insere no contexto de teorias que tentam estabelecer critérios racionais para reduzir a margem de arbitrariedade na construção de uma decisão jurídica, garantindo-se assim

---

[894] ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 188.

[895] Nos EUA podemos citar o caso Roe *vs.* Wade, 410 U.S. 113, cujo tema central era o direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez. A decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA em 1973 jamais conseguiu interromper o debate jurídico-político.

[896] POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Tradução de: JARAMILLO, Leonardo García. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 33. No mesmo sentido: RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, p. 129-152, 2012, p. 11.

a sua correção[897]. A tentativa de impor racionalidade à decisão se afigura decisivo, pois, como denuncia Müller, "a experiência histórica disponível ensina que cada evolução a formas autoritárias ou totalitárias de dominação está ligada a uma desracionalização, a uma desmontagem das garantias formais e procedimentos, a uma restrição dos deveres de publicidade, das possibilidades e das instâncias de controle"[898]. Em tempos obscurantistas, em que pessoas protestam em praça pública contra prescrições da ciência, uma proposta que pretende oferecer ao intérprete diretrizes para a construção da decisão se mostra relevante.

Os ordenamentos jurídicos modernos exigem a fundamentação da decisão. A fundamentação pressupõe argumentação, isto é, apresentar razões em defesa de uma conclusão[899]. A legitimidade da coerção estatal exige uma argumentação transparente e organizada, que não omita o caminho percorrido para a formulação da conclusão. Enquanto a força de legitimação do direito positivo decorre do procedimento instituidor, isto é, da democracia, a legitimação da decisão carece de um processo decisório em que as razões da decisão sejam acessíveis à crítica e ao controle, para além de poderem ser imputadas aos textos de normas válidos[900].

Isso significa que o direito deve veicular a violência social de uma maneira formalizada. Conforme sustenta Müller, o estado constitucional liberal pretende funcionar "tão amplamente quanto possível com o recurso à 'violência constitucional' vazada na forma do direito e consequentemente veiculada pela linguagem"[901]. É importante esclarecer que Müller utiliza o termo alemão *gewalt,* que conota o significado de poder, força, violência. Como esclarece Thomas Coendet, Müller utiliza essa expressão para dar um efeito dramático, pois o Poder Judiciário, mesmo quando limitado, inevitavelmente se confundirá com força e violência[902].

Segundo Müller, a "metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa de concretização da norma"[903]. Aqui reside a já ventilada tentativa de

---

[897] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 43, p. 98-109, abr/jun 2003, p. 98-109.

[898] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 214-215.

[899] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 11.

[900] MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de direito constitucional I. Tradução de: NAUMANN, Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 28.

[901] MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de direito constitucional I. Tradução de: NAUMANN, Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 7-8.

[902] COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

[903] MÜLLER, Friedrich. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.

superação da Teoria pura do direito. A metódica estruturante "procura desenvolver instrumentos conceituais capazes de dar conta do problema da racionalidade da decisão judicial no Estado Constitucional"[904]. Ao tempo em que reconhece o caráter criativo da decisão, imputa responsabilidade ao operador do direito, por meio da instituição de regras e procedimentos metódicos[905]. O objetivo é formular regras para a imputação exitosa das normas de decisão estabelecidas no caso individual às normas jurídicas gerais detrás dessas normas de decisão[906]. Os conceitos formulados por Müller, especialmente o programa da norma e o âmbito da norma, promovem uma ordem, uma padronização que serve para tornar a estrutura dos argumentos mais transparente[907]. A despeito de eventuais críticas que possam ser feitas, não há como negar o intento da metódica estruturante em racionalizar as decisões judiciais.

A racionalização da decisão é também construída pela limitação dos argumentos que podem ser empregados na decisão judicial. Uma das funções limitadoras mais importantes é o controle da facticidade que compõe a norma jurídica e a norma de decisão. A metódica estruturante promove o controle dos fatos empíricos e dos pontos de vista aceitos como componentes da norma jurídica. Assim, exerce uma função limitadora, de caráter normativo, que tem como pressuposto o estado democrático de direito[908]. Compete ao jurista observar a realidade e perscrutar informações e dados fáticos que possam ser úteis, à luz dos textos normativos relevantes para o caso. Como já visto, a escolha dos fatos e pontos de vista normativamente relevantes é pautada pelo programa da norma e pelo âmbito da norma. O programa da norma atua como filtro dos dados reais, produzindo assim o âmbito normativo. Nas palavras de Adeodato, o âmbito da norma: "se compõe dos fatos que, diante de um caso a ser resolvido e dos textos normativos a ele correspondentes, à luz de toda a experiência jurídica acumulada, precisam ser considerados e não podem ser aleatoriamente escolhidos"[909].

---

[904] CHIQUETTI, Renê. **Uma investigação sobre a suposta superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 140.

[905] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 43, p. 98-109, abr/jun 2003, p. 108.

[906] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 213.

[907] Sobre a importância da ordem e da padronização, sem relação com a metódica estruturante: SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 15.

[908] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 242.

[909] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 248.

Müller veda uma argumentação que apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica etc.[910] A metódica estruturante prescreve uma argumentação fundada no respeito aos textos normativos válidos. Embora argumentos fáticos, empíricos, possam ser utilizados, não é permitido que essas considerações prevaleçam sobre o programa normativo. Em verdade, essas considerações devem ser filtradas pelo programa normativo e somente poderão ser utilizadas no caso de pertencerem ao âmbito normativo. Um exemplo concreto: um cidadão pode bradar contra a filiação partidária como critério de elegibilidade, por entendê-la injusta, ineficiente, redutora da competitividade eleitoral etc.[911] Aquele que sofresse da síndrome do "cachorro vira-lata", poderia argumentar que a "maior democracia do mundo", os Estados Unidos da América, permite a candidatura sem filiação partidária. O mesmo personagem de Nelson Rodrigues poderia se valer, *e.g.*, do silogismo retórico de que: "se a 'maior democracia do mundo' permite a candidatura avulsa, o Brasil também deveria permitir a candidatura avulsa". Frise-se que os argumentos factuais ou valorativos são utilizados regularmente em qualquer debate político ou moral, por exemplo. Provavelmente, uma discussão entre leigos seria pautada majoritariamente por argumentos dessa sorte. Porém, existe uma cisão entre a perspectiva do cidadão comum e o modelo prescrito pela metódica estruturante. Conforme sustentam Fábio Shecaira e Noel Struchiner, se fora do ambiente burocrático do Poder Judiciário as pessoas têm liberdade para a defesa de pontos de vista relevantes para a fundamentação das suas afirmações, o mesmo não deve ocorrer no âmbito dos poderes estatais[912]. Há um jogo de linguagem específico do Direito, inserido no contexto das instituições estatais envolvidas. A decisão em uma sociedade complexa, em um estado democrático de direito, só pode considerar argumentos que possam ser imputados a um texto de norma pré-existente no ordenamento estatal.

Outro exemplo concreto ajuda na visualização dessa questão. Em decisão proferida no Supremo Tribunal Federal, o ministro Marco Aurélio Mello sustentou que: "ao examinar-se a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio,

---

[910] Sobre a diferença entre argumentação substantiva e argumentação institucional, ver: SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 35 e ss.

[911] Esse exemplo é baseado na obra de Fábio Schecaira e Noel Struchiner, acima referenciada. Os autores citam os exemplos do imposto de renda e da "condenação de um político corrupto" para demarcar a diferença entre argumentação substantiva e institucional. Ressalte-se que os autores não adotam como paradigma a metódica estruturante do direito, que sequer é citada no referido livro.

[912] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 145.

formalizá-la"[913]. Fábio Schecaira e Noel Struchiner analisam a frase do Min. Marco Aurélio Mello sob duas perspectivas. Na "hipótese 1", o magistrado antevê a decisão mais justa e depois procura um fundamento legal. Na hipótese de não encontrar dispositivo normativo que sustente a decisão, *insiste* na decisão que julga mais justa. Na "hipótese 2", o magistrado intuitivamente elabora a decisão que julga mais justa. Ao não encontrar no ordenamento jurídico um texto normativo que sirva de suporte para a decisão, abandona a opinião inicial e aplica as fontes do direito, por mais injusto que isso lhe pareça[914]. Para os autores, a "hipótese 2" permite considerações substantivas, embora não permita uma prevalência dessas considerações perante as prescrições do direito positivo. Os autores concluem que somente pode ser considerado *ativista* o juiz que prioriza argumentos substantivos em detrimento das regras e procedimentos jurídicos[915]. Em síntese, o ativismo poderia ser conceituado como o ato de vontade jurisdicional pautado por critérios não jurídicos.

Vejamos que o modelo de Müller é ainda mais complexo e exigente, pois nem sequer permite a utilização de pontos de vista factuais que não estejam autorizados pelo programa da norma. A inserção desses elementos é barrada pelo programa da norma, não ingressando no âmbito normativo. A metódica estruturante prescreve uma decisão mais "limpa", livre de considerações que visam apenas "persuadir o auditório"[916]. Por meio de uma série de conceitos, Müller procura restringir as possibilidades de arbitrariedades serem cometidas pelo Poder Judiciário, ao detalhar, subdividir e racionalizar em passos o processo de decisão, abandonando a oposição abstrata entre fato e norma[917]. Trata-se de uma tentativa de tornar transparente a fundamentação decisória, permitindo que outras instâncias do Poder Judiciário, Academia e cidadãos, possam perceber como os argumentos foram empregados, bem como a importância conferida a cada um deles. A organização da argumentação contribui para a análise da validade

---

[913] RDA, 188:288, RE 111.787. Exemplo extraído de: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 286. A mesma citação é feita em: GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, p. 34. Também fornecem exemplo idêntico, embora não citem a mesma decisão: SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 42-44.

[914] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 43.

[915] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 42.

[916] Auditório que, no Brasil, tem membros que acreditam na ineficiência das vacinas e luta contra medidas governamentais fundamentadas na ciência, como no caso do "isolamento horizontal" na crise da Covid-19. Dessa forma, não surpreende que decisões pautadas em argumentos extrajurídicos terminem por criar um clima de constante polarização política. As decisões do Judiciário, em consequência, são percebidas pela população como capítulos de um hipotético Fla-Flu jurisdicional.

[917] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 249-255.

e da solidez da norma de decisão. Tal característica da metódica estruturante é especialmente importante do ponto de vista do duplo grau de jurisdição. Apelantes poderão desenvolver a sua crítica à decisão impugnada de maneira facilitada. A metódica estruturante exerce, pois, uma "função de controle"[918]. A compartimentalização da estrutura da norma também organiza e facilita a compreensão dos argumentos referidos ao texto e dos argumentos referidos à realidade. Isso tudo visa transpor uma argumentação caótica, bacharelesca, em que se confundem enunciados normativos, enunciados empíricos, princípios, juízos de valor etc.

Comungamos da premissa de que "organização e transparência não são sinônimos de ausência de discricionariedade"[919]. A despeito do programa da norma ajudar na seleção da facticidade, escolhas justificadas dependem do intérprete. Segundo Müller, "ao operar indutivamente e não dedutivamente, a Teoria Estruturante do Direito opta pela teoria da ação. O sujeito da decisão jurídica não é 'a lei', 'a norma', mas o jurista efetivamente atuante. Ele é responsável pela sua deliberação vinculante" [920]. Nesse trabalho, o operador do direito deve estar comprometido com o estado de direito e a democracia[921].

A metódica estruturante não é capaz de encontrar *a* resposta correta. De todo modo, a impossibilidade da segurança jurídica absoluta não deve acarretar a renúncia à busca de uma objetividade na aplicação do direito. Esta busca deve corresponder concomitantemente às particularidades da estrutura da norma jurídica e às condicionantes específicas que o estado democrático de direito impõe ao trabalho jurídico. A segurança jurídica assim, deve ser pensada como racionalidade na aplicação do direito, em meios que facilitem a possibilidade de discussão. Müller é taxativo: "no âmbito da objetividade restrita que lhe é possível e, não obstante, com caráter de obrigatoriedade, a metódica jurídica deve empreender a tentativa de uma conscientização dos operadores jurídicos acerca da fundamentabilidade, da defensabilidade e da admissibilidade das suas formas de trabalho"[922].

Nesse sentido, nem todo método decisório é admissível. Nas palavras de Ávila, "são incompatíveis com a segurança jurídica os modelos de decisão que não se baseiam em normas

---

[918] Sobre a importância da "função de controle" da argumentação jurídica: AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: um tratado sobre la justificacíon jurídica. Tradução de: VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 154.

[919] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p. 99.

[920] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 126.

[921] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 126.

[922] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 2.

prévias, limitando-se à busca de uma justiça individualizada e ajustada a cada caso"[923]. Müller é bastante crítico em relação à tópica enquanto método decisório no estado democrático de direito. Por um lado, Müller valoriza a tópica pela consideração dos "dados reais" trazidos pelo problema. De outro, critica o menosprezo da função desempenhada pelo texto normativo na tarefa de interpretação/aplicação do direito, bem como a vagueza da proposta metodológica. Segundo Müller, no procedimento tópico a norma é tratada como um *topos* entre outros; sendo que "não é licito aduzir *topoi* estranhos à matéria, mas é lícito aduzir *topoi* estranhos à norma"[924]. O risco de decisões desconectadas do texto normativo motiva Müller a concluir que a tópica é imprópria ao direito constitucional e ao estado democrático de direito. As críticas à tópica não se limitam àquelas elaboradas pela teoria estruturante. Alexy trilha caminho semelhante ao dizer que a tópica falha ao menosprezar a importância da lei, da dogmática jurídica e do precedente[925]. Segundo o autor, "a regra [...] vigente de considerar todos os pontos de vista não diz nada sobre qual deve prevalecer e nem sequer determina quais são os pontos de vista que devem ser considerados"[926]. Como enfatiza Peces-Barba: "as concepções tópicas do direito como problema, frente ao direito como sistema são incompatíveis com a ideia de segurança jurídica. Sistema e segurança jurídica são inseparáveis. Não há sistema que não produza, apenas por sua própria existência, uma certa segurança jurídica, nem segurança jurídica que se possa conceber a margem do sistema"[927]. Na tradição romano-germânica, é imperiosa a utilização de um modelo de raciocínio inspirado no conceito de sistema[928]. Por mais que o método tópico possa estar justificado externamente (premissas verdadeiras) e internamente (a conclusão possa ser logicamente conectada às premissas), isso não o torna admissível no estado democrático de direito, que requer a consideração do texto normativo, sob pena de violação da separação dos poderes. O juiz, enquanto legislador de segundo grau precisa dividir a responsabilidade política como o Legislativo. Isso ocorre pela necessária vinculação da norma de decisão ao texto de norma válido e vigente.

---

[923] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 335.

[924] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 67.

[925] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de: SILVA, Zilda Hutchinson Schild. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 37.

[926] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de: SILVA, Zilda Hutchinson Schild. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 38.

[927] PECES-BARBA, Gregorio Martínez. La seguridade jurídica desde la filosofia del derecho. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 6, Madrid: Editora Universidad Complutense, 1990, p. 219. Tradução nossa.

[928] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 72.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho se dispôs a pesquisar as consequências da adoção de uma teoria da norma pós-positivista, para a metódica jurídica e os ideais de separação dos poderes e segurança jurídica. O trabalho buscou realizar uma análise típica de teoria do direito, refletindo sobre conceitos jurídicos e o modo pelo qual juízes e advogados efetivamente realizam seu trabalho, suas funções. Eventuais incursões no direito constitucional e na ciência política foram necessárias dada a interdisciplinaridade inerente ao problema. A análise de determinado fenômeno pode ser realizada sob distintas perspectivas.

A teoria da norma jurídica pós-positivista foi apresentada após a prévia exposição do que se considera uma teoria da norma positivista. O objetivo foi apresentar os fundamentos desta teoria para, uma vez demonstradas suas vicissitudes, fortalecer a necessidade de sua superação. O marco teórico adotado foi a teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller. Como visto, Müller possui uma particular definição do que seja uma teoria da norma jurídica positivista. Para o jurista de Heidelberg, o positivismo em teoria da norma se consubstancia pela adoção de duas premissas: (i) separação entre ser e dever-ser; (ii) identidade entre norma e texto de norma.

O principal representante de uma teoria da norma jurídica positivista é Hans Kelsen. Kelsen construiu a Teoria pura do direito a partir do princípio metodológico fundamental da separação entre ser e dever-ser. Esse princípio, por óbvio, se espraiou para sua definição de norma jurídica. Para Kelsen, "com o termo 'norma' se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira"[929]. Norma "é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém"[930]. A norma jurídica é descrita como um juízo de dever-ser, o sentido de um ato de vontade. A ciência jurídica deveria lidar com normas jurídicas postas pelo Estado (dever-ser) e não com fatos observáveis, com normas sociais (ser). O princípio metodológico fundamental kelseniano serviu para resolver o problema do objeto da ciência do direito. Todavia, essa diferenciação não serviu para solucionar o problema da concretização do direito. No processo dinâmico de concretização ser e dever-ser não são categorias opostas e comparáveis entre si apenas de forma abstrata. Ao contrário, a

---

[929] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

[930] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

norma jurídica sempre é desenvolvida sob os influxos das circunstâncias reais. No processo de concretização a diferença entre ser e dever-ser se dissolve. Nas palavras de Müller, "um enunciado sobre ser não inclui necessariamente um enunciado sobre dever-ser. Mas este inclui necessariamente aquele na medida em que, ao ter de presumir um ou vários enunciados sobre o ser, não quer ser ilógico como enunciado de um dever-ser"[931]. Conforme diversos exemplos fornecidos ao longo da exposição, a norma jurídica também é composta por dados da realidade (ser). A facticidade deve ser incorporada na norma jurídica.

Paralelamente, Kelsen afirma que a interpretação consiste em fixar o sentido das normas a serem aplicadas. Isso gera um problema, pois parece absurdo determinar o significado de um significado. Se o significado não preexiste à interpretação; se ele é dela apenas o produto; então o objeto da interpretação não poderia ser a norma jurídica, mas apenas o texto de norma. A segunda característica da teoria da norma jurídica positivista é digna de refutação. O princípio da estrutura dinâmica do ordenamento jurídico propõe que o ato de criação da norma inferior não cria a norma individual, mas apenas uma das normas individuais passíveis de produção. Apesar da adoção de uma teoria cética da interpretação, Kelsen jamais desenvolveu explicitamente a tese sobre a não identidade entre norma e texto de norma.

Contra esse estado de coisas se insurge a teoria estruturante do direito. A teoria da norma de Müller sustenta que texto e norma jurídica não são idênticos. O texto normativo é apenas uma forma preliminar. A partir disso, Müller procura desenvolver metodologicamente a passagem do texto para a norma. Isso é realizado por meio de uma nova compreensão da estrutura da norma jurídica, calcada em dois componentes centrais: o programa da norma e o âmbito normativo. A formulação do programa da norma requer a análise do texto normativo por meio da ajuda de todos os recursos interpretativos disponíveis em um estado democrático de direito. Por outro lado, o âmbito normativo engloba o "recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma 'escolheu' para si ou em parte 'criou' para si como seu âmbito de regulamentação"[932]. O âmbito normativo será o resultado da mediação entre o programa normativo e os elementos materiais empiricamente investigados. Fatos compatíveis com o programa da norma, relevantes para a solução do caso e justificáveis pelo operador de direito, serão (co)normativos e integrarão a norma jurídica com igual hierarquia. O objetivo do trabalho de formulação do âmbito normativo é destacar os fatos fundamentais para a solução

---

[931] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 137. No prelo.

[932] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max limonad, 2000, p. 57.

do caso, no sentido de serem fatos normativamente cofundamentadores[933]. Dessa maneira, a distinção entre ser e dever-ser, norma e texto, é definitivamente superada.

Qual a relevância das afirmações de Müller acerca: (i) da diferença entre texto e norma; (ii) de que a norma jurídica não é apenas um juízo de dever-ser? Em nosso entender, as afirmações de Müller descrevem de forma mais adequada: (i) a realidade das normas jurídicas e do ordenamento, e; (ii) o trabalho jurídico desenvolvido pelos profissionais do direito. As normas jurídicas não estão prontas. A norma jurídica é criada no caso concreto. Não existem respostas antes da prática real do texto pelos profissionais do direito. A inexistência de *lex ante casum* pode ser notada na prática diária, na observação de como o Judiciário responde de forma heterogênea aos mesmos textos normativos. A atividade de concretização não é meramente cognitiva. O operador do direito realiza um ato criativo, em que incorpora elementos factuais considerados relevantes pelo programa da norma, que funciona como um filtro de juridicidade. Novamente a práxis denuncia que inúmeros fatores contribuem para a solução do caso, pois a decisão comporta argumentos que ultrapassam o texto normativo propriamente dito, que sobrepujam a redação literal do dispositivo. Dados factuais são elementos constitutivos das normas jurídicas. Condições de fato assumem singular importância na atribuição de sentido aos dispositivos normativos. A norma ambiciona regular a realidade, mas também a realidade regula a produção da norma jurídica. A normatividade e o sentido das regras surgem apenas no contexto específico de sua aplicação.

A primeira consequência da adoção de uma teoria da norma que distingue texto e norma jurídica, ser e dever-ser, é a necessidade de uma metódica jurídica. O que há de valioso e significativo na proposta de Müller é a umbilical ligação entre teoria da norma e metódica jurídica. A metódica estruturante do direito visa solucionar problemas prático-decisórios. A norma jurídica e a norma de decisão, que serão formuladas pelo operador do direito, precisam preservar o texto normativo, impedindo sua dissolução em considerações valorativas. Ao elencar os elementos de concretização, Müller desenvolve uma hierarquia dos argumentos, de acordo com sua proximidade aos textos de normas democraticamente positivados. Parte-se do pressuposto que um sistema jurídico, no estado democrático de direito, deve empregar poder/violência transformado linguisticamente, de forma controlável. O trabalho jurídico de concretização da norma jurídica carece de racionalização, da objetividade possível.

A segunda consequência da adoção de uma nova teoria da norma pesa sobre a separação dos poderes. Embora o trabalho tenha iluminado algumas impropriedades da

---

[933] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 43. No prelo.

separação dos poderes sob o ângulo da história, da dogmática jurídica e da ciência política, o objetivo principal era demonstrar a necessidade de repensar o conceito à luz de uma teoria da norma pós-positivista. O trabalho procurou desmistificar a separação dos poderes como conceito autoexplicativo, de conteúdo perfeitamente delimitado, bem como que a teoria proposta por Montesquieu teria sido a primeira e a última palavra sobre o tema[934]. No plano histórico, restou evidenciado que Montesquieu em nenhum momento defendeu a existência de três poderes absolutamente separados e sem qualquer relação de interdependência. A separação dos poderes exige apenas que cada um dos poderes não exercite completamente as atribuições do outro. Nesse sentido, a ideia de que apenas o Poder Legislativo cria direito deve ser abandonada. A crença de que a partilha da função legiferante significa uma deformação do sistema de separação dos poderes carece de fundamentação. Reconhecer que o juiz cria direito não significa o fim da separação dos poderes e o fim da democracia representativa, tampouco em onipotência judicial e/ou juristocracia. A diferença entre texto e norma significa que as normas jurídicas não são criadas pelos legisladores, mas pelos intérpretes, especialmente aqueles com funções decisórias no estado de direito. O juiz efetivamente atua como um "legislador de segundo grau"[935]. Para "aplicar a lei", quem pratica o direito deve produzir a norma jurídica a partir do texto e do caso. A teoria estruturante do direito entende a prática judicial como "produção de dados normativos no caso e para o caso"[936]. O raciocínio jurídico não é silogístico e não se limita a desvelar o significado dos textos normativos. Esse estado de coisas torna insustentável a crença de que o Judiciário não cria direito e de que a interpretação é meramente declarativa.

A terceira e última consequência tem relação com a ideia de segurança jurídica. A segurança jurídica tem sido pensada como sinônimo de previsibilidade absoluta, isto é, a possibilidade de antecipar, com certeza absoluta, o conteúdo das decisões jurídicas que irão qualificar atos e fatos previamente praticados. Esse conceito tem como pressuposto a teoria cognitivista da interpretação, segundo a qual a interpretação decorre de um ato de conhecimento. Essa concepção é insustentável à luz da filosofia da linguagem, da hermenêutica jurídica e da teoria da norma. Os avanços da filosofia da linguagem demonstram que a linguagem é indeterminada, impedindo a desejada predeterminação de significados. As

---

[934] LEAL, Sérgio. **À Sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. XVI.

[935] MÜLLER, FRIEDRICH; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. Rechtstext und Textarbeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 86 apud COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

[936] COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

palavras não incorporam um significado "próprio", fruto de uma sua relação com a realidade. Para além disso, e mais importante, essa compreensão não assimila a diferença entre norma e texto normativo. Müller sustenta que os textos normativos não têm significado algum antes do trabalho de concretização. Inexiste sentido a ser revelado por um ato cognitivo.

Se a norma jurídica não está pronta, o busílis reside em como o Poder Judiciário reagirá frente aos textos normativos. O trabalho sustenta que a segurança jurídica precisa ser avaliada sob a ótica da argumentação desenvolvida pelo Poder Judiciário. É necessário que as decisões sejam fundamentadas e não arbitrárias, que existam mecanismos de controle e de debate público das decisões. O trabalho conclui que a metódica estruturante pode servir: (i) como modelo de racionalidade jurídica, isto é, como conjunto de critérios utilizáveis para a resolução de casos concretos a partir do direito positivo[937]; (ii) como mecanismo de controle da fundamentação decisória, como "aparelho metodológico de controle das decisões". O arsenal teórico disponibilizado pela metódica estruturante permite sopesar os argumentos empregados na fundamentação da decisão. A estrutura da norma proposta por Müller, calcada na distinção entre programa da norma e âmbito normativo, auxilia nessa tarefa. Essas noções operacionais ajudam na decomposição analítica das decisões. Na atividade decisória somente podem ser empregados pontos de vista que estejam relacionados ao problema e que sejam admitidos por esses filtros. Argumentos que não possam ser imputados ao programa normativo e/ou não façam parte do âmbito normativo devem ser desconsiderados. A metódica estruturante prescreve uma decisão transparente, livre de argumentos sem relação com o caso, que intentam apenas "persuadir o auditório". Programa da norma e âmbito normativo servem para circunscrever as possibilidades decisórias, reduzindo as possibilidades de arbitrariedades serem cometidas. O estado democrático de direito não permite decisões que não possam ser imputadas aos textos de normas válidos e vigentes. Ao detalhar e subdividir em passos o processo de concretização, a teoria e a metódica estruturante contribuem para a almejada racionalidade decisória e para o incremento da segurança jurídica do estado contemporâneo.

---

[937] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 65.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: um tratado sobre la justificacíon jurídica. Tradução de: VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABRAÃO, Carlos Eduardo S; COSTA MACHADO (org.). **Constituição Federal anotada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri: Editora Manole, 2012.

ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional e os problemas dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 20, n. 40.

ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação de poderes.** Disponível em: http://www.epd.edu.br/sites/default/files/arquivos/anexos/2019-04/Separação%20de%20Poderes%20-%20João%20Maur%C3%ADcio%20Adeodato.pdf. Acesso em: 5.02.2020.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. **From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions**.

ADEODATO, João Maurício. Retórica Analítica como metódica jurídica. **Argumenta – UEP**, Jacarezinho, n. 18, 2013.

ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES. Disponível em: https://www.acus.gov/agencies/independent-regulatory-agencies. Acesso em: 29.01.2020.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de: SILVA, Zilda Hutchinson Schild. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: SILVA, Virgilio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria geral do direito administrativo**: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, a política e a história**. Tradução de: CARY, Luz; COSTA, Luiza. Lisboa: Editorial Presença, 1972.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, a. 37, n. 148, out-dez, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARGENTINA. Constituição (1995). In: **Constituições dos países do Mercosul**: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de: CHAVES, Nestor Silveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011 (Edição Kindle).

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de: BATH, Sérgio. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: Ed. Cesusc, 2002.

ASENSIO, Rafael Jiménez. **Los frenos del poder**: separación de poderes y control de las instituciones. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Apresentação**. In: ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA MACHADO, J. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

BARBOSA, Décio Hamilton (Coord. Geral). **Guia dos royalties do petróleo e do gás natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica:** fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Em algum lugar do passado:** segurança jurídica, direito intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence). 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Sobre la possibilidade del error judicial y los desacuerdos irrecusables em el derecho. Once comentários a las tesis de José Juan Moreso. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

BEZERRA, Halison Rêgo. **A pré-compreensão do juiz e sua influência no julgamento**: estudo sob o enfoque da hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constituciobalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIX, Brian H.. **Lenguaje, teoría y derecho**. Tradução de: NAVARRO, Pablo. 1. ed. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2008.

BIX, Brian H.. **Obligación y significado**: derecho, lenguaje y normatividad. Tradução de: NAVARRO, Pablo. 1. ed. Ciudad de México: Editorial Fontamara, 2015.

BIX, Brian. **Diccionario de teoría jurídica**. Tradução de: TRUJANO, Enrique Rodríguez; LIZÁRRAGA, Pedro A. Villarreal. 1. ed. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

BIX, Brian. **Teoría del derecho: ambición y limites**. Tradução de: NAVARRO, Pablo E. et al. Madrid: Marcial Pons, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 13. ed. Tradução de: VARRIALE, Carmen C. et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, v. 2.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de: MOULIN, Nilson. São Paulo: UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de: PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica** Tradução de: BAPTISTA, Fernando Pavan; SUDATTI, Ariani Bueno. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Montesquieu e o pensamento de liberdade no século XVIII. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 3, set/dez 1961.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante: um estudo à luz da distribuição dos royalties de petróleo. **Interesse Público**, a. 15, n. 81, set/out, 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra**: uma nova abordagem no direito brasileiro. Joinville: Bildung, 2010.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 44, p. 189-220, jan/jun 2014. Disponível em: https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/385/346. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria ANP n.º 29, de 22 de fevereiro de 2001**. Disponível em: http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/portarias-anp/tecnicas/2001/fevereiro&item=panp-29--2001&export=pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado da Lei n.º 9.478/1997**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B4F1D16296BD0E1ED639B3BB5674C8B6.proposicoesWebExterno2?codteor=1131813&filename=Dossie+-PL+2142/1996. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 229, de 2008**. Autoria: Deputado Léo Alcântara (PR/CE). Protocolo Legislativo em 21.02.2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E205D3844C926176E6D098286805A38.proposicoesWebExterno2?codteor=539380&filename=PEC+229/2008. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 407, de 2009.** Autoria: Deputado Lincoln Portela (PR/MG). Protocolo Legislativo em 17.09.2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=692506&filename=PEC+407/2009. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. **Código Penal, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 18.06.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 1, de 11 de janeiro de 1991**. Regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0001.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1945**. Regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7586.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 1.164, de 24 de julho de 1950**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.546/2011, de 14 de dezembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12546.htm#art49. Acesso em 18.06.2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7990.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 07, de 2012.** Autoria: Senador Cristovam Buarque (PDT/DF) e outros. Protocolo Legislativo em 28.02.2012. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4596422&ts=1553265356982&disposition=inline. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 21, de 2006.** Autoria: Senador Paulo Paim (PDT/RS) e outros. Protocolo Legislativo em 05.05.2006. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4351479&ts=1586467386900&disposition=inline. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 41, de 2011.** Autoria: Senador José Sarney (MDB/AP) e outros. Protocolo Legislativo em 19.05.2011. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4585513&ts=1586467243192&disposition=inline. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 56, de 2005**. Autoria: Senador Cristovam Buarque (PDT/DF) e outros. Protocolo Legislativo em 19.10.2005. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4353153&ts=1567535343260&disposition=inline. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária n.º 2.236.** Rel. Min. Gilmar Mendes. DJE n.° 168, divulgado em 31/07/2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312134296&ext=.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4.679**. Rel. Min. Luís Fux. Data de publicação: DJE 05/04/2018. Ata n.° 41/2018. DJE n.° 64, divulgado em 04/04/2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4172054. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4874/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 27/09/2013, Data de Publicação: DJe-196 DIVULG 03/10/2013 PUBLIC 04/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 5.613.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5078570. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos n.º 0078048-54.2018.1.00.0000**. PET n.º 7.848. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5542633. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.996/RJ**, Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 17/08/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 26-08-2005 PP-00065 EMENT VOL-02202-02 PP-00329 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 365-383 RTJ VOL-00194-03 PP-00927. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741321/habeas-corpus-hc-83996-rj?ref=serp. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 126.292/SP**. Data de publicação DJE 17/05/2016 - Ata n.º 71/2016. DJE n.º 100, divulgado em 16/05/2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf. Acesso em: 5.04.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 72.131/RJ**. Relator: Marco Aurélio. Data de Julgamento: 23/11/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01.08.2003. p. 00103. EMENT VOL-02117-40. p. 08650. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 3.2326**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 03/09/2013 PUBLIC 04/09/2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=167093854&ext=.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI n.º 6977**. Rel. Min. Celso De Mello. Publicado em 09.10.2018. DJE nº 215, divulgado em 08/10/2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338801055&ext=.pdf. Acesso em 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. FERREIRA, Odim Brandão; DODGE, Raquel Elias Ferreira. Parecer. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208032. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QO ARE n.º 1.054.490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/10/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 09-03-2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861274&ext=.pdf. Acesso em: 8.06.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 80004 SE**. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Data de Julgamento: 01/06/1977, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-12-1977. p. 09433. DJ 19-05-1978. p. 03468 EMENT VOL-01083-02. p. 00915 RTJ VOL-00083-03 p. 00809. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365. Acesso em: 8.06.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf. Acesso em: 8.06.2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Autos n.º 5004528-97.2011.404.7100**.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Autos n.º 06009003-50.2018.6.00.0000**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjokY-fhfPpAhXcGLkGHcCgCF4QFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Finter03.tse.jus.br%2Fsjur-consulta%2Fpages%2Finteiro-teor-download%2Fdecisao.faces%3FidDecisao%3D299993%26noChache%3D218309065&usg=AOvVaw1QjyRtGOHqcaaEbiiJ_Ija. Acesso em: 8 jun. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 43, p. 98-109, abr/jun 2003.

CACHO, José L. Mezquita. **Teoría de la seguridad jurídica**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa:** blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional. Tese de doutorado. Escola de Administração de Empresas de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18099. Acesso em: 11 jun. 2020.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. II.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. **O Supremo Tribunal Federa e as candidaturas avulsas nas eleições.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-13/ophir-cavalcante-jr-stf-candidaturas-avulsas-eleicoes. Acesso em: 24 mar. 2020.

CAVALIER-SMITH'S SYSTEM OF CLASSIFICATION. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Cavalier-Smith%27s_system_of_classification&oldid=953072000. Acesso em: 12 maio 2020.

CENTER FOR EFFECTIVE GOVERNMENT. **Independent Regulatory Agency**. Disponível em: https://www.foreffectivegov.org/node/2593. Acesso em: 29 jan. 2020.

CHAHUAN ZEDAN, Marcela. La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política. **Acta bioeth**, 19, 1, p. 49-57, 2013. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v19n1/art06.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de: COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias**. Tradução de: CHRISTINA, Lydia. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1980.

CHIASSONI, Pierluigi. Disposición y norma: una distinción revolucionaria. In: POZZOLO, Susanna. **Disposición vs. Norma** (Spanish Edition). Lima: Palestra Editores, 2018 (Edição Kindle).

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: TORRES, Heleno Taveira; MELLO, Henrique. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

CHILE. Constituição (1980). In: **Constituições dos países do Mercosul**: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

CHIQUETTI, Renê. **Uma investigação sobre a suposta superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM Editora, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam; MOREIRA, Egon Bockmann. **A Constituição e seus momentos difíceis**: quando precisamos aplicá-la contra ideias boas. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-constituicao-e-seus-momentos-dificeis-quando-precisamos-aplica-la-contra-ideias-boas-23032019. Acesso em 4 fev. 2020.

CIDH. **Caso Castañeda Gutman**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 20.03.2020.

CIDH. **Informe n.º 130/17**, Caso n.º 13.044. Fondo. Gustavo Francisco Petro Urrego. Colombia. 25 de octubre de 2017. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/13044FondoEs.pdf. Acesso em: 25.03.2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Edição do Kindle).

COELHO, Andre Luiz Souza. Dworkin e Gadamer: qual conexão? **Revista Peri**, n. 6, v. 1, p. 19-43, 2014. Disponível em: http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/905. Acesso em: 18 maio 2020.

COENDET, Thomas. **Restructuring Structuring Legal Theory**. 2020. No prelo.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução de: ANTONIUK, Elisete. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT. **Constitution rankings**. Disponível em: https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/. Acesso em: 4 fev. 2020.

CONSTITUIÇÃO AMERICANA. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000.

COSTA, Claudio. **Filosofia da linguagem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação da separação dos poderes**: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/COMPLETA_REVISITACAO_DO_PRINCIPIO_DA_SEPARACAO_DE_PODERES.pdf. Acesso em: 11.06.2020.

CRUZ, Diego Moreno. Estudio introductorio: consecuencias jurídicas esperadas y toma de decisiones prudentes. In: GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica. Acesso em: 23 abr. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102. p. 215-253, jan/jun 2011. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/download/18062/14852/. Acesso em: 8 maio 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Marcos Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**: novas perspectivas. Tradução de: HESPANHA, António Manuel; SILVA, Cristina Nogueira da. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DUGUIT, L. **La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789**. Trad. Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EGAS, Jorge. **Teoría de la seguridad jurídica**. 2010. Iuris Dictio. 12. 10.18272/iu.v12i14.709. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321892232_Teoria_de_la_seguridad_juridica. Acesso em: 11.06.2020.

EQUADOR. **Constituição** (2008). Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

ESPANHA. **Constituição** (1978). Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf. Acesso em: 28 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição do Estado da Geórgia (1983).** Disponível em: https://sos.ga.gov/admin/files/Constitution_2013_Final_Printed.pdf. Acesso em: 23.01.2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Library of Congress. **Ful text of The Federalist Papers**. Disponível em: https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers. Acesso em: 23. 01.2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **Hermenêutica constitucional**: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais. 1. ed. Joinville: Bildung, 2015.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; ORTIZ, Julio. **Ficha Limpa e caso Petro Urrego**: controle de convencionalidade das inelegibilidades. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades#_ftn9 Acesso em: 25.03.2020.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Princípios e positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorias de Robert Alexy y Ronald Dworkin. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de: SALDANHA, Eduardo. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FOLHA DE S. PAULO. **Folha cresce e lidera circulação entre jornais do país em 2019**. Local de publicação: www.folha.uol.com.br. Data de publicação: 21.01.2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/folha-cresce-e-lidera-circulacao-entre-jornais-do-pais-em-2019.shtml. Acesso em: 12 maio 2020.

FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2009.

FORTES, Bonifácio. **Delegação Legislativa**. Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, como abertura do Curso de Extensão Universitária da IX Semana Nacional de Estudos Jurídicos, realizada em comemoração do 1° centenário de nascimento de Clóvis Beviláqua. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/21411/20170. Acesso em: 28 jan. 2020.

FRANÇA. **Constituição (1958)**. Disponível em: http://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly Acesso em: 28 fev. 2020.

FRANÇA. Sénat. **La procédure législatif.** Disponível em: http://www.senat.fr/role/fiche/procedure_leg.html. Acesso em: 28 jan. 2020.

FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Tradução de: BIDEGAIN, Carlos M. 3. ed. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2001.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. London: Stevens & Sons Limited, 1949.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por *standards* e indicadores. 2. ed. Tradução de: KRUG, Mara Beatriz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FUNGI. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Fungi&oldid=57935028. Acesso em: 12.05.2020.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. Tradução de: MEURER, Flávio Paulo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GEERTZ, Clifford. **A mitologia de um antropólogo**. Entrevista com Victor Aiello Tsu. Folha de São Paulo. Caderno Mais!, 18/02/2001. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1802200103.htm. Acesso em: 07.05.2020.

GEÓRGIA. **Constituição do Estado da Geórgia (1777)**. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/ga02.asp. Acesso em: 23.01.2020.

GHERSEL, Giovanna. **Eis a questão:** Crocs é sandália ou sapato? Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-julga-tributacao-de-crocs-11092017. Acesso em: 13.05.2020.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis.

GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidade**. Tradução de: CRUZ, Diego Moreno; DEI VECCHI, Diego. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GOOGLE MAPS. **Rota do Terminal de Osório (TEDUT) até Tramandaí.** Disponível em: https://www.google.com.br/maps/dir/Terminal+de+Osório+(TEDUT)+-+Transpetro,+RS-

030+-+Bairro+Petrobras,+Tramandaí+-+RS,+95590-000/Tramandaí,+RS/@-29.993503,-50.1868495,14z/data=!3m1!4b1!4m14!4m13!1m5!1m1!1s0x95186d78651c5929:0xb2c7fba053c6282d!2m2!1d-50.1939326!2d-29.9878642!1m5!1m1!1s0x95187322c7228a43:0xb50ad3eaf3d74fb1!2m2!1d-50.132682!2d-29.9846393!3e0. Acesso em: 6 jun. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de: MARCIONILO, Marcos. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de: DAL RI JÚNIOR, Arno. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução de: SGARBI, Adrian; BREYNER, Frederico Menezes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de: BRINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Prólogo. In: TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley** (Derecho y Argumentación n.° 11). Spanish Edition. Palestra Editores (Edição Kindle).

GUEDES, Néviton. **O protagonismo do Judiciário como causa de perda de legitimidade**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/protagonismo-judiciario-causa-perda-legitimidade. Acesso em: 13 maio 2020.

HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de: MENDES, A. Ribeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**: prospetivas do direito no século XXI. Coimbra: Almedina, 2019 (Edição Kindle).

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de: HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIERRO, Liborio L. **Seguridad jurídica, crisis de la ley y crisis de la aplicación de la ley**. Disponível em: http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/SEGURIDAD%20JURÍDICA,%20CRISIS%20DE%20LA%20LEY%20Y%20....pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de: OSTRENKY, Eunice. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1. Acesso em: 16 set. 2019.

HOUSE OF COMMONS LIBRARY. **Successful private member's bills since 1983**. Disponível em: https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN04568. Acesso em: 28 jan. 2018.

IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua nova**, n. 61, 2004.

JOTA. **Barroso sobre 2ª instância**: STF deve escolher 'interpretação que sirva melhor ao país'. Local de publicação: https://www.jota.info. Publicado em: 16/10/2019. Disponível em: https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-sobre-2a-instancia-stf-deve-escolher-interpretacao-que-sirva-melhor-ao-pais-16102019. Acesso em: 17 dez. 2019

JOTA. **Roberto Barroso vota para TSE rejeitar registro da candidatura de Lula**. Local de publicação: https://www.jota.info. Publicado em: 31.08.2018. Disponível em: https://www.jota.info/eleicoes/roberto-barroso-vota-para-tse-rejeitar-registro-da-candidatura-de-lula-31082018 Acesso em: 24 mar. 2020.

JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In*:* MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição** (a justiça constitucional). Tradução de: CLEAVER, Jean François. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1401/869. Acesso em: 14.05.2020.

KELSEN, Hans. Conferência do Prof. Hans Kelsen. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, 20, número especial, p. 69-78, 1997. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/59792/58121. Acesso em: 16.05.2020.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de: KRUG, Alexandre; BRANDÃO, Eduardo; GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de: DUARTE, José Florentino. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations**: a critical analysis of its fundamentals problems. London: Stevens & Sons Limited, 1951.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/o-conceito-de-direito-em-hart_590b3d9089bb9.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: LAMEGO, José. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direto**. Tradução de: LAMEGO, José. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de: GAMA, Ricardo Rodrigues. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2007.

LEAL, José Agostinho Anachoreta; SERRA, Rodrigo Valente. A experiência do Alaska. **Petróleo, Royalties e Região**. Campos dos Goytacazes, a. I, n. 2, dez. 2003, p. 6-7. Disponível em: https://royaltiesdopetroleo.ucam-campos.br/wp-content/uploads/2017/03/boletim-2003-12.pdf. Acesso em: 18.06.2020.

LEAL, Sérgio. **À Sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. v. 1. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos 76**, nov. 2006.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de: FISCHER, Júlio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de: ANABITARTE, Alfredo Gallego. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979.

LOPES, Carlos Ferreira. **Ambientes costeiros contaminados por óleo: procedimentos de limpeza – manual de orientação**. São Paulo: Secretaria de Estado do Meio Ambiente, 2007. p. 5. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/emergencias-quimicas/wp-content/uploads/sites/22/2017/02/ambientes-costeiros.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito.** Tradução de: LAMBERTI, Luca. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2.

LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017.

LÖSING, Norberto. Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 6, 2002. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1975583. Acesso em: 22 abr. 2020.

MADISON, James. **O federalista**. Tradução de: OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Líder. 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Org). **A supremacia da constituição**: reforma e controle no direito comparado. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MAIA, Alexandre Campaneli Aguiar. **Kelsen e a filosofia da linguagem de Wittgenstein**: Um estudo comparado do Tractatus logico-philosophicus e das Investigações filosóficas sobre a Teoria pura do direito. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MaiaAC_1.pdf. Acesso em: 11.06.2020.

MANCEBO, Luis-Quintín Villacorta. Às voltas com a Metódica Estruturante do Direito de Friedrich Müller. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, v. 22, 2015, p. 103.

MARÍN, Rafael Hernández. **Introducción a la teoria de la norma jurídica**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Jogos de linguagem estabelecem limites ao intérprete do direito**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-29/constituicao-poder-jogos-linguagem-estabelecem-limites-interprete-direito. Acesso em: 25 jul. 2019.

MARSICO, Juliana. **Petróleo e gás na Bacia de Campos (RJ)**: percepção dos impactos ambientais pela população. Dissertação de Mestrado – Departamento de Ecologia, UFRJ, 2008. Disponível em: http://livros01.livrosgratis.com.br/cp094444.pdf. Acesso em: 25.05.2020.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. Derecho e incertidumbre. **AFD**, 2012 (XXVIII), p. 97-118, Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3985274.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.

MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo:** a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49483/R%20-%20T%20%20DEBORAH%20DETTMAM%20MATOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 23.02.2020.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes**: Montesquieu republicano e a exegese de a Constituição da Inglaterra. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3547.pdf Acesso em 24.01.2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**: 1946. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, v. 1.

MELLO, Cláudio Ari. O realismo metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 187-244, jul/dez 2016. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/409/355. Acesso em: 13 abr. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. 'La Constitución soy yo' resume a hermenêutica dos generais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, ano 100, n.º 33.294, 26 de maio de 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/05/la-constitucion-soy-yo-resume-a-hermeneutica-dos-generais.shtml. Acesso em: 29.05.2020.

MENDES, Conrado Hübner. A corrupção do Judiciário é institucional e não se confunde com corrupção do juiz. In: **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 jan. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/01/a-corrupcao-do-judiciario-e-institucional-e-nao-se-confunde-com-corrupcao-do-juiz.shtml. Acesso em: 27.05.2020.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. In: **Folha de São Paulo**. São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml. Acesso em: 28.05.2020.

MIRANDA, Jorge. Algumas considerações sobre a lei. **Administração n.° 40**, v. XI, 371-384, 1998-2°. Disponível em: https://www.safp.gov.mo/safppt/download/WCM_004145. Acesso em: 4 fev. 2020.

MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis**. Tradução de: BARBOSA, Gabriela de Andrada Dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, v. 1 (Edição Kindle).

MONTIEL, Juan Pablo; LUDEÑA, Lorena Ramírez. **De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos.** A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal. Disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/691.pdf. Acesso em: 9 maio 2020.

MORENO, Arley R. **Os labirintos da linguagem**: ensaio introdutório. São Paulo: Editora Moderna; Campinas: Editora da Universidade de Campinas, 2000.

MORESO, José Juan. La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeu, 2010.

MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución**. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2014.

MORESO, José Juan. Tomates, hongos y significado jurídico. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeu, 2010.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos aos pós-modernos. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Ciência, biografia e poesia.** Tradução de: MÜLLER, Friedrich Müller et al. 1. ed. Joinville: Editora Bildung, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de direito constitucional I. Tradução de: NAUMANN, Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Tradução de: JOUANJAN, Olivier. Paris: Press Universitaires de France, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **La positividad de los derechos fundamentales**: cuestiones para uma dogmática práctica de los derechos fundamentales. Tradução de: REYS, Alberto Oehling de los. Madrid: Dykinson, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Tradução de: KOSUBEK, Michael. Joinville: Bildung, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: NAUMANN, Peter. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito Tradução de: NAUMANN, Peter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Problemas de linguística do direito. Tradução de: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 11, n. 20, p. 258-263, jan-jul, 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/Mueller.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito II**. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019. No prelo.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Ingo. **Los juristas del horror**. Tradução de: FIGUEIREDO, Carlos Armando. Bogotá: Alvaro Nora Libreria Juridica, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**, v. 53, jan./mar. 2013.

NEUMANN, Franz. **O império do direito**: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução de: MELO, Rúrion Soares. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de: GASPAROTTO, Elza Maria. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica.** Campinas: Papirus Editora. 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loylola, 2015.

PARA ENTENDER DIREITO. **Paramilitares e a defesa do Estado**. Disponível em: http://direito.folha.uol.com.br/blog/paramilitares-e-a-defesa-do-estado. Acesso em: 10 dez. 2019.

PARA ENTENDER DIREITO. **Quando o Judiciário faz leis e o que isso significa para nossa democracia**. Disponível em: http://direito.folha.uol.com.br/blog/quando-o-judicirio-faz-leis-e-o-que-isso-significa-para-nossa-democracia. Acesso em: 30 jan. 2020.

PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, 10, 136-152, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1604887. Acesso em: 14 maio 2020.

PAULSON, Stanley. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. **The University of Queensland Law Journal**, v. 27, p. 7-39, 2008. Disponível em: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2008/12.pdf; Acesso em: 28 out. 2019.

PECES-BARBA, Gregorio Martínez. La seguridade jurídica desde la filosofia del derecho. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 6, Madrid: Editora Universidad Complutense, 1990.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de: PUPI, Vergínia K. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridade jurídica**: uma garantia del derecho y justicia. **Boletín de la Facultad de Derecho**, n. 15, 2000.

PETROBRAS. **Terminal Guaramirim**. http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/terminais-e-oleodutos/terminal-guaramirim.htm. Acesso em: 14 dez. 2019.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi; LEITÃO, Macell Cunha. O discurso moralista no judiciário: uma leitura a partir da intersecção entre o direito e a psicanálise. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 289-311, jul/dez. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PONTES, Felipe. **STF**: candidatura avulsa pode ser votada no 1º semestre, diz Barroso. NET, Brasília, dez. 2019. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-12/stf-candidatura-avulsa-pode-ser-votada-no-1o-semestre-diz-barroso Acesso em: 19 dez. 2019.

PORTUGAL. **Constituição** (1976). Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 9 jun. 2020.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Tradução de: JARAMILLO, Leonardo García. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Por una reconciliación entre Constituición y pueblo**. Tradução de: JARAMILLO, Leonardo García. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **O Espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

RANK, Otto. **O trauma do nascimento**: e seu significado para a psicanálise. Tradução de: CASTRO, Érica Gonçalves de. São Paulo: Cienbook, 2016.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o** STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REYES, Alberto Oehling de los. Introducción a la positividad y realidad de los derechos y libertades fundamentales en el mundo hoy. In*:* MÜLLER, Friedrich. **La positividad de los derechos fundamentales**: cuestiones para uma dogmática práctica de los derechos fundamentales. Tradução de: REYS, Alberto Oehling de los. Madrid: Dykinson, 2016.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**. Tradução de: ALVES, Roberto Barbosa. Barueri: Manole, 2005.

ROBLES, Gregorio. **Presentación**. In: KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho** [1ª edición de 1934]. Tradução de: MARCHÓN, Gregorio Robles; SÁNCHEZ, Félix F. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**: uma abordagem. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Franz Neumann: o direito liberal para além de si mesmo**. In:RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, p. 129-152, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal com bricolage de significantes**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2004. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 abr. 2020.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de: BINI, Edson. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

RUIZ MANERO, Juan. **Jurisdicción y normas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SALGADO, María José García. La Jurisprudencia de intereses antes y después del nacional-socialismo. In: RUIZ, F. Javier Blázquez (coord.). **Nazismo, Derecho, Estado**. Madrid: Editorial Dykinson, 2014.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre la identificación del derecho a través de la moral. In: MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

SANTIAGO, Alfonso. **Facultades legislativas del Congreso delgadas al Poder Ejecutivo**. Disponível em: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/F/facultades_legislativas.html#nota1. Acesso em: 28 jan. 2020.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (1969). Disponível em: www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas en el derecho y en la vida cotidiana.** Tradução de: ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge L. Madrid: Marcial Pons, 2018.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de: HENNING, Beatriz; MARTINS, Leonardo; CARVALHO, Mariana Bigelli de; CASTRO, Tereza Maria de; FERREIRA, Vivianne Geraldes. Montevidéu: Fundação Konrad Adenaur, 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la Justicia Constitucional**. Madrid: Dykinson, 2013.

SEGADO, Francisco Fernández. **La judicial review en la pre-marshall Court**. In: UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 133-178, 2011.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen (uma introdução teórica)**. Disponível em: https://www.academia.edu/9401794/Hans_Kelsen_e_a_Interpretação_Jur%C3%ADdica. Acesso em: 14 maio 2020.

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SGARBI, Adrian. **O mundo de Kelsen**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica:** direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence). 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STAUT JÚNIOR, S. S. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 5, ano 1, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito. Acesso em: 29 mar. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc. Acesso em: 24 mar. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. La expansión de la hermenuéutica filosófica em el derecho. ~~*In:*~~ **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, p. 217-233, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto. Acesso em: 14 maio 2020.

STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34.2, jul./dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito**: precedentes III. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii. Acesso em: 13 abr. 2020.

TARELLO, Giovanni. Natalino, Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*. Torino, Giapicheli, terza edicione, 1976, 1-191. In: **Quaderni fiorentini**, 5-6, 1976-77, p. 936 e ss. Disponível em: http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/05/0936.pdf. Acesso em: 18.05.2020.

TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TERRA. **Terra se consolida entre os principais portais do Brasil**. Local de publicação: www.terra.com.br. Data de publicação: 22.02.2019. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/terra-se-consolida-entre-os-principais-portais-do-brasil,44e9819aec7687c82c59ca16a4b9bb22iz8sn3ux.html. Acesso em: 12.05.2020.

TREANOR, William. **Judicial Review before Marbury**. Disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=fordham_fc. Acesso em: 10.09.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Apelação Cível n.º 2001.009633-1, de Cunha Porã, Rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-05-2003.

TROPER, Michel. **Filosofia do direito**. Tradução de: DEIRÓ, Ana. São Paulo: Martins, 2008.

TROPER, Michel. Kelsen y el control de constitucionalidade. **Derechos y Libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las casas, II (4), p. 307-332, ene-jun 1995. Disponível em: http://hdl.handle.net/10016/1254 Acesso em: 1 out. 2019.

TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Revista Opinião Jurídica**, n. 8, p. 280-300, 2006.2. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2026. Acesso em: 30 set. 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração de direitos do homem e do cidadão.** França, 1789. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 23 jan. 2020.

URBINATI, Nadia. Uma revolta contra os corpos intermediários. Tradução de: IAMAMOTO, Sue; ROSA, Gabriela. **Leviathan**: Cadernos de Pesquisa Política. n. 12, 2016. Disponível em: http://www.journals.usp.br/leviathan/article/viewFile/143426/138095. Acesso em: 23 jan. 2020.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **A definição de norma jurídica na teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El valor de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2018.

VAQUERO, Álvaro Nuñez. Kelsen en la encrucijada: ciencia jurídica e interpretación del derecho. **Revista Ius et Praxis**, año 20, n. 2, p. 415-442, 2014. Disponível em: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/253/222. Acesso em: 16 maio 2020.

VERNENGO, Roberto. Interpretación lógica del derecho y formas de decisión. **Anuário de filosofia jurídica y social**, Buenos Aires, n. 9, p. 195-220.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. Tradução de: MENDES, Gercélia B. de O. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación en la teoria del derecho contemporanea**. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1997. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1861&orden=0&info=link Acesso em: 30 set. 2019.

VIDAL, Isabel Lifante. VIDAL, Isabel Lifante. Seguridad jurídica y previsibilidad. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36, p. 85-105, 2013. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52457/1/Doxa_36_04.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

VIRGÍNIA. **Declaração de Direitos da Virgínia (1776)**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html. Acesso em: 4 fev. 2020.

WALTER, Robert. **La doctrina del derecho de Hans Kelsen**. Tradução de: BORDA, Luis Villar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. v. II.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei, temas para reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, v. 1.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de: MONTAGNOLI, Marcos G. 9. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução de: SANTOS, Luiz Henrique Lopes dos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de: SOUZA, António Francisco de; FRANCO, António. São Paulo: Saraiva, 2016 (Edição Kindle).